

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LA

Nature juridique de la transmission par décès

ET LA

SUCCESSION DES PARENTS LÉGITIMES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 7 Juin 1909 à 1 heure

PAR

W. FILDERMANN

Président : M. PIÉDELIÈVRE, professeur.

Suffragants { *MM. BARTIN, professeur.*
PERCEROU, agrégé.

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE et FORCEL

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e Arrond.

L. LAROSE et L. TENIN, Directeurs.

1909

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LA

Nature juridique de la transmission par décès

ET LA

SUCCESSION DES PARENTS LÉGITIMES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 7 Juin 1909 à 1 heure

PAR

W. FILDERMANN



Président : M. PIÉDELIÈVRE, professeur.

Suffragants { *MM. BARTIN, professeur.*
PERCEROU, agrégé.

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE et FORCEL

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e Arrond.

L. LAROSE et L. TENIN, Directeurs.

1909



Digitized by the Internet Archive
in 2026

PREMIÈRE PARTIE

De la nature juridique de la transmission
par décès et du fondement du droit
successoral.

CHAPITRE UNIQUE

SECTION PREMIÈRE

Définition de la succession

LÉGISLATION. — *Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus quod defunctus habuit* (Julien, D., 50, 17, De R. J., 62.)

C. C. Fr. art. 711; C. C. B. art. 711

La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire et par l'effet des obligations.

C. C. Espagnol. art. 609

La propriété s'acquiert pas l'occupation, — *La propriété et LES AUTRES DROITS SUR LES BIENS s'acquièrent et se transmettent par la loi, par donation, par succession testamentaire ou ab intestat et par l'effet de certains contrats moyennant*

tradition¹. On peut aussi l'acquérir par le moyen de la prescription.

C. C. Roumain, art. 650

La succession se dévolue ou par la loi ou par la volonté de l'homme par testament.

C. C. Roumain, art. 644

La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par legs, par convention et par la tradition.

C. C. Italien, art. 710

La propriété s'acquiert par l'occupation. *La propriété et LES AUTRES DROITS SUR LES CHOSES s'acquièrent et se transmettent par succession*, par donation et par l'effet des conventions. — Ils peuvent aussi s'acquérir au moyen de la prescription.

C. C. Portugais, art. 1735

Lorsqu'une personne décède, on peut lui succéder dans tout ou partie de ses biens en vertu d'une disposition de dernière volonté ou en vertu de la loi. Dans le premier cas il y a succession testamentaire, dans le second, succession légitime.

C. C. Allemand, art. 1922

Au décès d'une personne son patrimoine passe comme universalité à une ou plusieurs autres personnes.

DOCTRINE. — La succession est la transmission des droits

(1) Il y a donc une différence théorique considérable entre le Code espagnol, qui se rattache encore aux principes du droit romain et exige la tradition pour la transmission de la propriété par contrats, et le droit français et les autres législations, qui se contentent du seul effet des conventions pour transmettre la propriété.

actifs et passifs d'un défunt, en la personne de son héritier (Pothier, OEuvres, Ed. Siffrein, XII, p. 321).

« C'est la transmission de L'UNIVERSALITÉ des droits actifs et passifs d'une personne décédée à la personne SURVIVANTE que la loi appelle à les recueillir¹. » (Demolombe, XII, n. 79.)

« C'est la transmission des biens et charges d'une personne morte à une ou plusieurs autres personnes qui prennent sa place et qu'on désigne sous le nom d'héritiers. (Laurent, VIII, n. 477)

« La succession, c'est la transmission de la totalité ou d'une partie aliquote de l'hérédité aux personnes auxquelles cette dernière est dévolue par la loi ou par la volonté de l'homme. (Aubry et Rau, Cours de droit civil français IV, éd., VI, p. 267).

« C'est la transmission des droits actifs et passifs d'une personne décédée à une autre personne qu'on appelle héritier. (Huc, V, n. 21).

« C'EST UN MODE SPÉCIAL D'ACQUISITION, consistant dans la transmission universelle du patrimoine d'une personne décédée à UNE PERSONNE SURVIVANTE que la loi désigne et que l'on appelle héritier (Baudry et Wahl, Des successions I, n. 208.

« C'est la transmission du patrimoine entier d'une personne décédée à UNE OU PLUSIEURS AUTRES PERSONNES VIVANTES » (Planiol, Droit Civil, III, n. 1698; Nacu Dreptul civil Român, II, p. 18).

« C'EST UN MODE DÉRIVÉ D'ACQUÉRIR consistant dans la transmission de la totalité ou d'une partie des droits patri-

(1) C'est la transmission de tous les droits actifs et passifs d'une personne décédée à une autre personne survivante. (Petresco, Succesiunile I, p. 1).

« *moniaux, soit réels, soit personnels, ou d'obligation ayant*
 « *appartenu au défunt* » (Emidio Pacifici Mazzoni, *Tratta-*
 « *to delle Successioni*, I, n. 4).

« C'est la *transmission GRATUITE, à cause de mort*, des droits
 « *actifs et passifs d'une personne décédée SUR LA TÊTE d'une*
 « *ou de plusieurs personnes vivantes* (Roguin, *Les succes-*
 « *sions*, I, n. 9)

JURISPRUDENCE. — La jurisprudence ne s'est pas préoccupé de poser des principes. — Ses définitions, lorsqu'elle en donne, ne présentent rien de particulier¹.

Première observation. — Il y a dans toutes ces définitions un fond commun, à savoir que la succession est un moyen d'acquérir la propriété ; que ce moyen consiste en une transmission de patrimoine ; que cette transmission se fait à titre universel ; qu'elle s'opère au décès du titulaire du patrimoine transmis ; que les personnes qui l'acquièrent doivent être vivantes.

Critique. — Malgré ce fond commun, toutes ces définitions n'emploient pas les mêmes termes, ce qui est vraiment regrettable, car cette diversité peut prêter à des confusions, qui pour n'être qu'apparentes, ne devraient pas moins être évitées. — D'ailleurs, aucun texte législatif ne donne une définition de la succession. A peine si on en peut voir une dans l'article 1735 du C. Portugais, et surtout dans l'art. 1922 du C. All. — En législation, le progrès est donc peu sensible. Parti du Code Français qui évitait de donner une définition, le mouvement de la légis-

(1) V. ci-dessous, p. 21.

lation ne se dessine que faiblement dans le Code Allemand, après un siècle d'évolution ¹.

Le droit romain était encore plus concis.

Aussi, ce ne sont pas les textes que nous critiquons, mais plutôt les définitions formulées dans la doctrine. — Partie de la définition précise de Pothier, la doctrine s'est efforcée, mais vainement, de l'éclaircir, ce dont elle n'avait nullement besoin, et après avoir intercalé entre « la transmission des droits actifs et passifs » le correctif « de l'universalité » qui l'a bientôt remplacé, nous arrivons avec M. Roguin à des termes presque identiques à ceux de Pothier. — Si les progrès de la doctrine sur ce point ne sont pas plus sensibles c'est qu'elle ne s'est pas assez attachée à l'idée et trop aux mots. — Ainsi « la transmission des droits actifs et passifs » de Pothier devient « transmission de l'universalité des droits actifs et passifs » « transmission universelle de patrimoine » puis « transmission du patrimoine entier » dans l'intervalle, ce fût une « transmission des biens et charges ».

Au lieu, « d'un défunt en la personne de son héritier » nous avons eu « d'une personne décédée à une ou plusieurs personnes vivantes », « à une personne survivante » « à une autre personne » « à une ou plusieurs autres personnes » et

(1) Le projet du Code Civil hongrois ne donne aucune définition de la succession, à moins qu'on ne veuille en voir une, dans son article 1983 : Die Erbschaft Geht mit dem Tode des Erblassers auf dem Erbe über. A la mort du *de cujus*, la succession passe à l'héritier. Or, définir la succession par la succession, ce n'est pas définir. L'art. 1983 du Projet Hongrois est une maladroite imitation de l'art. 1922 C. C. Allemand : Mit dem Tode einer Person, geht deren Vermögen als Ganzes auf eine oder mehrere Personen über.

enfin « sur la tête d'une ou de plusieurs autres personnes vivantes. »

On se demande, en lisant toutes ces définitions, s'ils n'ont pas entendu établir des distinctions subtiles entre « transmission du patrimoine entier » et « transmission universelle de patrimoine » entre celles-ci et « transmission de droits actifs et passifs » ou « la transmission de l'universalité des droits actifs et passifs » ou enfin entre celles-ci et « la transmission des biens et charges. »

Est-ce que « vivante » et « survivante » n'exprimerait pas, dans ces définitions, la même situation juridique ?

Est-ce que les auteurs qui exigent cette condition entendent par là qu'une personne qui n'est pas « vivante » ou « survivante » puisse acquérir des droits, autres que la succession¹ ?

Est-ce que les auteurs qui ne parlent que d'une personne, ne veulent pas dire qu'une succession peut être dévolue aussi à plusieurs personnes ?

Est-ce que les auteurs qui veulent que la succession d'une personne soit dévolue « à une autre » laissent entendre que la succession d'une personne, peut être dévolue à la même personne ?

Il n'en est certainement rien. Nous ne croyons pas que des dissentiments se soient élevés sur ces points.

Il est probable qu'un désir d'originalité et la crainte de

(1) Dans les hypothèses du Code Français, en cas de commourants, il s'agit bien de dévolution de patrimoine d'une personne morte à une autre personne également morte, actuellement. Mais précisément ces présomptions sont des présomptions de survie. S'il y a dévolution de patrimoine entre personnes également mortes en ce moment, c'est parce qu'on présume qu'au moment où elle doit avoir lieu la personne à qui il est dévolu, vit encore.

se voir accuser de plagiat, poussés à leurs extrêmes limites, ont porté les auteurs à une si grande et si inutile diversité de langage.

Une définition devrait pourtant être partout la même. On ne donne pas en mathématique, des quatre opérations, autant de définitions qu'il y a d'auteurs, lorsqu'on ne veut dire que la même chose.

Et dire que l'on parle de l'unification du droit !

Nous avons donc un premier grief à faire valoir : diversité de langage prêtant à confusion.

Deuxième observation. — Nous avons vu que certains auteurs exigent que l'héritier soit vivant ou survivant au moment de la dévolution de la succession. Laurent, après avoir dit que les héritiers succèdent à tous les biens et charges du défunt, ajoutent que ceux-ci prennent la place du défunt.

Critique. — On peut, à ce point de vue — et à bien d'autres — élever des objections autrement graves contre ces définitions, que celle qui résulte de la confusion des termes.

Si définir veut bien dire : énoncer les qualités propres et essentielles d'une chose, toute définition — pour être exacte — doit comprendre tout ce qui est propre et essentiel et rien que cela.

Or, on rencontre dans ces définitions des éléments d'un caractère secondaire et par contre, on n'y voit pas figurer certains autres, qui sont réellement de l'essence même de la succession.

Ainsi, dans le premier ordre d'idées¹, on exige la condi-

(1) Pour le deuxième ordre d'idées, voir la troisième observation.

tion de vie ou de survie de l'héritier : Est-ce bien là une condition propre et essentielle à la succession ? N'est-il pas certain qu'une personne qui n'est pas actuellement vivante ne peut acquérir un droit actuellement né et transmis ?

Laurent, après avoir remarqué, que c'est à tous les biens et charges du défunt que succèdent les héritiers, insiste sur ce qu'ils doivent aussi prendre la place du défunt. — N'est-il pas acquis que ceux qui succèdent à une universalité prennent toujours la place de leur auteur ?

Est-ce là une qualité « propre et essentielle » à la transmission successorale ?

Nous avons donc un deuxième grief à faire valoir contre les définitions de la doctrine : elles exigent des conditions superflues.

Troisième observation. — Les deux observations que nous venons de faire se rapportent au fond commun, que nous rencontrons dans les définitions que nous donne la doctrine.

Mais en dehors de ce fond commun certains auteurs font rentrer dans la définition des successions des éléments que la majorité de la doctrine n'admet pas. Ainsi, il y en a qui observent que les acquéreurs de la succession sont désignés par la loi et un seul, M. Roguin, dit que l'acquisition a lieu à titre gratuit.

Critique. — Ce sont pourtant bien là, des qualités propres et essentielles à la succession, car les personnes qui acquièrent un droit ne sont pas toujours désignées par la loi et toute acquisition ne se fait pas à titre gratuit

Elles doivent donc, l'une et l'autre, entrer dans la définition, sous peine de n'en être pas une.

Mais ce n'est pas tout.

La succession est bien une transmission : mais quelle est la nature de cette transmission ? En vertu de quoi cette transmission s'opère-t-elle ? Est-ce un contrat, un quasi-contrat ? Est-ce une manière d'acquérir par la volonté de la loi ?¹

Nous avons donc un troisième grief à faire valoir : les définitions de la doctrine ne mentionnent pas les éléments essentiels de la succession.

Quatrième observation. — Parmi les législations que nous avons citées les lois française, belge et roumaine s'accordent à dire que la succession est un moyen d'acquérir « la propriété ». Mais les Codes Espagnol et Italien, qui sont plus récents, après avoir dit qu'on acquiert la propriété par l'occupation, dans un alinéa spécial disposent que par succession etc., on acquiert tant la propriété que les droits sur *les biens*.

Malgré la précision faite par ces deux derniers Codes, la classification qu'ils donnent est aussi défectueuse que celle du Code français et des codes similaires. Ce défaut est très ancien ; il date du commencement du droit. Nous le trouvons déjà chez Gaius² et dans les Institutes de Justinien³.

En effet « les droits sur les biens » (C. C. Esp., art. 609)

(1) MM. Aubry et Rau sont les seuls auteurs qui dans leur définition prennent nettement position pour ce dernier parti.

(2) Gaius, Instit., II, §§ 97 et s.

(3) Justinien, Instit., per quas personas II., 9.

ou « les droits sur les choses » (C. C. Ital., art. 710) sont considérés comme des démembrements de la propriété. Et, dès lors, il est évident que qui acquiert le tout, acquiert la partie. Le seul progrès que ces lois peuvent avoir réalisé c'est d'avoir dit — ce qui est très juste, mais ce qui est très peu — qu'on n'acquiert pas de droits sur les choses par l'occupation.

Ainsi donc, le vice dont nous allons parler s'adresse aussi bien aux premières législations, qu'aux Codes Espagnol et Italien¹.

Critique. — Lorsqu'on dit que par succession on acquiert la propriété, on ne dit pas tout ce qu'on acquiert par succession; car dans le patrimoine d'un défunt, figurent non pas seulement des droits de propriété et des droits sur les choses, mais aussi des droits d'obligation.

Il est donc faux de s'exprimer comme le font nos Codes. Il est au contraire exact de voir dans la succession : un moyen d'acquérir l'ensemble des droits qui composent les biens d'un individu, une *adquisitio per universitatem*².

Nous avons donc un quatrième grief à faire valoir, à savoir, l'emploi de termes insuffisants et incomplets. Ce grief concerne les textes de loi et aussi quelques auteurs, mais quelques-uns seulement, car certains autres ont su éviter ce défaut.

Cinquième observation. — On dit que par succession on transmet « les droits actifs et passifs », ou « les biens et charges ».

Critique. — Or, il est juste de dire « que l'héritage

(1) Mazzoni, *op. cit.*, I, n. 4 et note 1.

(2) Savigny, *Traité de droit romain* I, § LVII, p. 373.

comprend seulement la fortune active du testateur, que l'objet de l'acquisition d'héritage est seulement une fortune dans le sens propre du mot et que l'obligation aux dettes n'est qu'une conséquence de l'acquisition de l'héritage. Les dettes représentent une charge, et non pas un élément du patrimoine¹ ».

« On doit définir le patrimoine dans le sens du C. C. allemand² — *als die Summe der einer Person Zustehenden Geldwerten Rechte* — comme la somme des droits, appréciables en argent, qui appartiennent à une personne; définition qui seule correspond au sens précis du mot patrimoine. Car patrimoine signifie un pouvoir, tandis que les dettes expriment le contraire. Il est bien vrai que les dettes font partie du patrimoine, mais non comme la partie au tout, mais comme la femme au mari, *als ein selbständiger neben dem Vermögen stehender Begriff, mit dem es zwar rechtlich verbunden ist, aber nicht zu einen Einheitsbegriff* —

(1) Julius Binder, *Die Rechtstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch*. I, p. 14. Dans les travaux préparatoires du C.C. All. on avait proposé, ancien art. 2051, de spécifier que c'était l'actif et non le passif qu'on entendait par universalité du patrimoine; que le passif représentait une charge et non un élément de la succession. Mais cet article a subi des modifications. Donc, lorsque l'art. 1922 C. C. All. parle de patrimoine comme universalité, il exprime le principe de la succession en accord avec le droit ancien (p. 10). Or, la succession universelle est d'après le droit commun la transmission des droits par acquisition unitaire; l'élément de l'universalité c'est la succession non pas ses objets. C'est pourquoi la conception de l'universalité de droit commun ne s'accommode pas de l'idée que les dettes lui appartiennent. L'art. 1922 doit donc dire seulement que l'héritier, hérite, comme un tout à la suite d'une cause unique, des éléments individuels du patrimoine du défunt, sans qu'il soit ici question de savoir quels sont les éléments individuels qui forment ce tout. (p. 11). Voyez, J. Percerou, *La liquidation du passif héréditaire en droit français*. *Rev. trim.*, 1905, p. 537, s.

(2) Et cela est aussi vrai des autres législations.

comme une notion indépendante et proche du patrimoine, à qui elle est même juridiquement reliée, mais avec qui elle ne forme pas une unité.

Ce qui relie le patrimoine et les dettes, c'est la personne de leur sujet¹.

Il est donc inexact de dire qu'on hérite des dettes ; on n'hérite que de l'actif ; si on est tenu des dettes, c'est parce qu'elles sont jointes à l'actif. Il ne peut pas y avoir de transmission gratuite des droits passifs². C'est illogique. Mais à part ces arguments de théorie, il y a un très fort argument de texte. L'article 724 C. C. Fr. dit en toutes lettres que les héritiers sont saisis des droits et actions du défunt, *sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession*³. La succession ne comprend donc pas les droits passifs ; mais les droits actifs et actions seulement. La transmission des charges n'est pas la succession elle-même mais une conséquence conditionnelle de l'acquisition de cette succession. Nous pouvons rapprocher l'ancien brocard : *qui épouse le corps épouse les dettes*, de l'interprétation que nous donnons à la transmission des dettes : ce ne sont pas les dettes que l'héritier épouse, c'est l'actif, le corps, et

(1) Binder, *op. cit.*, 1, p. 20-21. — Windscheid-Pandekten Band, 1 p. 150. — Dernburg Pandekten Band, I, p. 49 et *Bürgerliche Recht*, II, p. 50.

(2) V. *suprà*, définition de M. Roguin. La confusion est encore plus regrettable chez M. Huc, II, n. 21. Après avoir établi que, lorsqu'une personne décède *les droits* dont elle était investie passent aux héritiers ; que si les successeurs sont appelés à jouir de tous ces droits actifs ils sont *par voie de conséquence* soumis à toutes les obligations passives, il définit néanmoins la succession, une transmission des droits actifs et passifs, et confond ainsi la cause et l'effet.

(3) L'art. 653 C. C. Roumain accorde la saisine purement et simplement ; il n'exige pas l'obligation aux dettes comme condition de la saisine. Et le Code Roumain a raison. La saisine n'a rien à faire avec cette dernière obligation.

c'est parce qu'il épouse le corps qu'il est tenu de l'obligation aux dettes¹.

Nous avons donc un cinquième grief à faire valoir : erreur de conception de la succession².

SECTION II

Théorie de la succession légale

§ I. — DES DIFFÉRENTES MANIÈRES D'ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ

Notions générales. — Il y a plusieurs manières d'acquérir la propriété. Les diverses lois que nous connaissons ne s'accordent pas quant à leur énumération. Les auteurs de chaque pays sont divisés sur ce point. Mais au lieu de suivre chaque auteur et de rechercher dans quelle mesure son système est fondé en raison et en législation, nous prendrons tout simplement l'énumération la plus longue donnée par les auteurs français, et nous rechercherons dans quelle catégorie il convient de ranger la transmission et l'acquisition successorale.

Ce sont : 1° l'occupation ; 2° la convention ou contrat ; 3° l'usucapion ou la prescription acquisitive ; 4° l'accession ou incorporation ; 5° l'adjudication³ ; 6° la donation

(1) On fait, généralement, découler l'obligation aux dettes de l'idée de la continuation de la personne. (Planiol III, n. 1940) Nous pensons qu'il est bien plus simple de n'y voir qu'une conséquence de l'acquisition de l'actif. Id. Percey, *op. cit.*, p. 574.

(2) Nous nous sommes suffisamment expliqué sur certains de ces griefs, mais nous avons à nous occuper longuement de la nature juridique de la succession et du fondement du droit successoral. Quant à la gratuité de la succession, nous en parlerons dans une prochaine étude sur l'institution contractuelle en droit allemand.

(3) Il s'agit de deux cas, seulement, d'adjudication : l'adjudication sur saisie

entre vifs; 7° la donation testamentaire; 8° la tradition ou individualisation; 9° la loi; 10° la succession¹.

Il paraît certain au premier abord, que la succession ne

(art. 2204 C. C.) et l'expropriation pour cause d'utilité publique. Tout autre jugement d'adjudication ne constitue pas un mode d'acquisition de la propriété. C'est le cas, par exemple, des adjudications qui résultent des ventes volontaires faites en justice, car, ici l'aliénation se fait réellement par la volonté du vendeur; l'intervention de la justice n'en est que la forme. Planiol, *op. cit.*, I n. 2740 et note 2.

(1) La tendance générale est à l'extension de cette énumération. Nous aimerions mieux la restreindre en changeant de méthode et, au lieu d'énumérer des cas spéciaux, poser des principes généraux, dans lesquels rentreraient toutes les hypothèses possibles. Nous voyons trois principes : l'accord des volontés;

loi — qui intervient lorsqu'il y a désaccord de volontés; — et le fait personnel ou circonstances de fait.

Rentreraient dans la première catégorie : la convention et la tradition. Quant à la donation entre vifs, les auteurs suivant en cela la loi, ont tort d'en faire une catégorie spéciale, puisqu'ils sont tous d'accord pour dire que la donation est un contrat. Or puisque la donation entre vifs est un contrat, c'est une erreur de dire qu'on acquiert la propriété par donation et par contrat, la donation n'étant elle-même qu'un contrat, comme la vente. Il en est de même de la donation testamentaire et de la succession *ab intestat* qui, à notre avis, sont des contrats.

Rentreraient dans la seconde catégorie : l'usucapion, l'accession ou l'incorporation, la confusion et la spécification toutes les fois que les choses unies pourraient se séparer sans préjudice pour les parties; l'adjudication, la prescription pour les meubles (art. 2279), l'attribution des fruits aux envoyés en possession provisoire (art. 198); l'attribution des fruits tombés d'un arbre sur la propriété voisine (art. 673); la jouissance de l'art. 384; l'attribution du lit d'une rivière (art. 563); le cas du possesseur de bonne foi (art. 549); et la réserve (art. 913).

Rentreraient dans la troisième catégorie : l'occupation, l'accession ou l'incorporation, la confusion ou la spécification toutes les fois que les choses unies ne pourraient plus se séparer sans préjudice pour une des parties : les biens vacants (art. 539) et les biens sans maître (713).

Nous devons rapprocher de cette conception, celle du C. C. Portugais, qui n'a pas d'article correspondant à l'article 711 C. C. Fr., et qui classe — en trois livres — de la manière suivante, les modes d'acquisition des droits.

L. I. a) Des droits primordiaux et b) de ceux qu'on acquiert valablement

s'acquiert pas *par occupation*, puisque le premier venu ne peut s'en emparer, attendu que la succession est dévolue à des personnes désignées par la loi ; il est aussi certain que ce ne peut être par l'usucapion, qui est un moyen général d'acquérir et par lequel on pourrait bien aussi acquérir l'hérédité, mais seulement après un laps de temps et des conditions particulières de possession qu'on n'exige pas les héritiers. Ce ne peut être non plus une accession ou une incorporation qui suppose un objet étranger uni à un objet dont nous sommes propriétaires. Ce n'est pas une adjudication, puisque celle-ci suppose un jugement d'adjudication sur saisie (art. 2204 C. C. Fr.) ou une expropriation pour cause d'utilité publique, qui sont des modes d'acquérir par l'autorité publique. Ce n'est pas non plus une donation entre vifs ou une donation testamentaire qui supposent toutes les deux un écrit et une volonté expressément manifestée, double condition qui fait défaut dans la succession *ab intestat*. Ce n'est pas non plus une

par son fait et sa volonté propres et indépendamment de la coopération d'autrui : a) Titre I, le droit à l'existence ; le droit à la liberté ; le droit d'association ; le droit d'appropriation ; le droit de défense ; b) l'occupation (T. III), la prescription (T. IV), le travail (t. V).

L. II. Des droits qu'on acquiert par son fait et sa volonté propres avec le concours d'autrui : les contrats et les obligations en général (T. I) ; les contrats en particulier (T. II), *parmi lesquels le C. P. range déjà la donation entre vifs*.

L. III. Des droits qui s'acquièrent par le seul fait d'autrui : gestion d'affaires (T. I) et de ceux qui s'acquièrent par l'effet des dispositions de la loi : succession, testament (T. II).

Rappelons encore ici que Laurent voit dans la donation un mode d'acquérir en vertu de la loi : « Quant à la propriété, il n'y a pas de différence entre les divers successeurs : l'art. 711 place la donation et le testament sur la même ligne que la succession ; les légataires et les donataires acquièrent donc la propriété en vertu de la loi, de même que les successeurs » (IX, n. 207).

tradition, qui n'est plus qu'une manière exceptionnelle d'acquérir la propriété ¹.

On serait peut-être tenté de dire que si la succession n'est pas une manière d'acquérir par occupation, par usucapion et autres, c'est tout simplement parce qu'elle constitue un mode d'acquérir par succession.

Or c'est justement ce qu'il faudrait démontrer — si toutefois cela est démontrable — que la succession est un mode d'acquérir par succession.

Restent encore la loi et la convention.

Est-ce donc, en vertu d'un accord de volontés des parties — du *de cuius* d'une part et de l'héritier de l'autre — que cette transmission s'opère ?

Ou bien, est-ce la loi, qui par sa volonté souveraine, opère ce transfert de patrimoine ? Ou bien encore est-ce un mode spécial d'acquisition ?

SUCCESSION. — *Législation*. — Le Code Français paraît en faire un mode à part. Cela résulte clairement de son article 711. Il en est de même des Codes Belge, art. 711. Roumain, art. 644, Espagnol, art. 609 et Italien, art. 710 ².

Au contraire, le Code Portugais, place résolument la donation parmi les contrats et la succession *ab intestat* parmi les modes d'acquérir par la loi — et ce qui peut paraître excessif, même aux partisans du système de dévolution de la succession par la loi, il y place aussi le testament ³.

(1) Sauf dans le Code espagnol. V. *suprà*, p. 2, n. 1.

(2) V. ci-dessus, p. 1 et 2.

(3) V. ci-dessus, p. 14, n. 1. — Laurent est de même avis : IX, n. 207. Voyez note suivante.

Mais si les codes Roumain et Italien paraissent faire de la succession *ab intestat* un mode particulier, ils ne sont plus d'accord, le premier dans son article 650¹, le second dans son article 720, qui n'ont pas d'équivalent dans le Code Français et décident que, la succession se transmet ou par la loi, ou par la volonté de l'homme, par testament.

Il est de même du Code Espagnol qui après avoir expressément distingué le mode d'acquérir par la loi du mode d'acquérir par succession² se contredit dans son article 658 qui établit que « la succession est déférée par la volonté de l'homme manifestée dans un testament, ou, à son défaut, *par la disposition de la loi* : la première se nomme testamentaire, la seconde légitime » et son article 913 « à défaut d'héritier testamentaire *la loi* défère la succession... »

Le Code Allemand se garde d'énumérer les modes d'acquérir ; mais s'il ne dit pas expressément que la succession *ab intestat* est un mode d'acquérir, et s'il ne dit pas non plus expressément que c'est la loi qui fait l'attribution de la succession, cela résulte néanmoins, avec beaucoup

(1) V. ci-dessus, p. 2. — L'ancien législateur roumain était bien plus précis. Il disposait que « la succession c'est l'acquisition des droits ayant appartenu à un défunt, par une personne survivante à qui ils sont donnés gratuitement — *dăruite* — de par la loi, avec ou sans testament (Code Caradzea, L. IV, ch. II. Pentru mostenire sau clironomie, art. 1). Au contraire en Moldavie, le Code d'Andronaki Donici paraissait reconnaître aux parents un droit sur les biens du défunt : si quelqu'un meurt sans testament, la succession est due — *se cuvine* — aux parents. . (ch. xxxvii, Despre mostenirea ceea fara dieata. art. 1). Le Code de Callimaki qui suivit en Moldavie le Code d'Andronaki Donici, emploie les mêmes termes, art. 913-915.

(2) V. ci-dessus, p. 1.

d'évidence, du rapprochement de l'article 1922¹ et de l'article 1937 qui statue que : le défunt *peut* désigner son héritier par disposition unilatérale à cause de mort. La loi lui fait donc une concession ; elle ne lui reconnaît point de droit. Il est à remarquer encore que le Code Allemand, intitulé son livre V « *De l'ordre légal des successions* ».

Au contraire, les Codes Français et Belge, non seulement par leur article 711 font de la succession un mode spécial, sans s'expliquer comme les Codes Roumain et Espagnol ; mais même ils omettent complètement, dans leur énumération, de citer la loi comme moyen d'acquisition et ne font pas non plus allusion à un ordre légal de successions. — Ils disent bien que « la loi ne considère ni la nature, ni l'origine des biens pour en régler la succession » (art. 732), mais « régler la succession » et « transférer la succession » sont deux².

DOCTRINE. — Si les auteurs que nous connaissons, oublient, dans la définition qu'ils donnent de la succession, de nous en indiquer la nature juridique, il en est qui pensent que c'est là, une manière d'acquérir par la loi, mais il en est aussi qui ne se prononcent pas sur la question. — MM. Aubry, Rau³ et Planiol⁴ s'expriment en termes identiques à ceux des articles 650 C. C. Roumain, 720

(1) V. ci-dessus, p. 2.

(2) Il en est de même de l'article 723 : « la loi règle l'ordre de succéder entre les héritiers légitimes et naturels », ce qui laisse supposer que ce n'est pas elle qui confère le droit. — D'ailleurs, cela serait conforme à l'esprit du droit coutumier : *Solus Deus heredem facere potest*. — Si l'homme ne peut pas instituer héritier, la loi ne le fait non plus, car Dieu s'en est chargé. — Elle constate seulement la volonté divine, elle ne décrète pas.

(3) Aubry et Rau, VI, p. 267.

(4) Planiol, *op. cit.*, I, n. 2743.

C. C. Ital. et 658 C. C. Esp. MM. Baudry et Wahl ¹ citent la succession *ab intestat* comme un mode à part d'acquérir et le disent aussi dans leur définition ². — Huc ³ en fait autant. Demolombe ⁴, comme les Codes Roumain ⁵ et Italien ⁶, après avoir fait de la succession un mode distinct d'acquérir, revient peu après sur ce point et explique que bien que désignée dans la nomenclature des modes d'acquérir sous le nom spécial de succession, la succession *ab intestat* n'en est pas moins un mode d'acquérir la propriété par la loi ⁷. — Peut-être MM. Baudry et Wahl et Huc sont-ils de la même opinion, mais nous n'en savons rien. — Ils se bornent à citer divers modes d'acquérir par la loi sans y comprendre la succession ⁸. — Faut-il induire de ce silence, que dans l'esprit

(1) Baudry et Wahl, *op. cit.*, I, n. 2.

(2) V. *suprà*, p. 3.

(3) Huc, *op. cit.*, V, n. 2.

(4) Demolombe, *op. cit.*, XIII, n. 12, n. 15.

(5) V. *suprà*, p. 1 et 2. — La même confusion règne dans la doctrine roumaine. — Un auteur défend d'abord le principe que les successions sont de droit naturel et commente sans rien objecter l'art. 650 que la succession est dévolue par la loi (Petresco, *op. cit.*, I, p. 2 et 31). Un autre, attribue à la succession le fondement de la copropriété et reconnaît néanmoins que c'est la loi qui transfère la propriété de la succession. (Naco, *op. cit.*, II, p. 20 et 22), mais nulle part la confusion n'est plus éclatante que chez Laurent. V. page suivante, note 1.

(6) V. *infra*, p. 2 et 19.

(7) Demolombe, XIII, n. 15.

(8) Baudry et Wahl, *op. cit.*, I, n. 2, citent comme modes d'acquisition par la loi les art. 384 pour la jouissance des père et mère; art. 138, 549, 550 pour l'acquisition des fruits par les envoyés en possession provisoire et les possesseurs de bonne foi; art. 539 pour les biens vacants; art. 554 pour les plantations et constructions sur le terrain d'autrui; l'art. 565 pour l'abandon du lit d'un fleuve navigable ou flottable; l'art. 713 sur les biens sans maître. Huc, *op. cit.*, V, n. 2, ne cite que les lois qui ont attribué aux communes la propriété de certains biens ecclésiastiques.

de ces auteurs, la succession serait, comme le veut Laurent, de droit naturel¹?

Il est peu probable qu'il en soit ainsi.

M. Planiol, comme le législateur portugais et comme Demolombe², place résolument la succession *ab intestat* parmi les modes d'acquérir par la loi³ à côté des articles 2279 sur la prescription instantanée des meubles; de l'article 127 pour les envoyés en possession provisoire et de l'article 673 pour les fruits tombés d'un arbre sur la propriété voisine. La succession devrait donc être, dans l'esprit de ces auteurs « une institution civile, par laquelle la loi transmet à un propriétaire nouveau et désigné d'avance, la chose que vient de perdre le propriétaire précédent ».⁴ C'est ce que Pothier avait dit depuis longtemps déjà⁵ et c'est encore, semble-t-il, l'opinion de la doctrine allemande moderne⁶.

(1) Laurent, *op. cit.*, VIII, n. 435, ne cite que l'usufruit légal et l'art. 563 parmi les modes d'acquérir par la loi. V. pour la question de savoir si la succession est de droit naturel, *op. cit.*, n. 468 et ci-dessous, p. 62. Ce qui est très curieux c'est la façon dont Laurent concilie les principes. — D'un côté il soutient que la succession n'est pas un mode d'acquérir par la loi mais est un mode de droit naturel; d'un autre côté (IX, n. 207), il affirme qu'on acquiert la propriété par succession en vertu de la loi, de même que les légataires et les *donataires*? — C'est là même erreur que nous avons trouvée chez les auteurs roumains (v. ci-dessus, p. 19, n. 5). Si la succession est de droit naturel ou *dérive* d'un droit de copropriété la loi n'a rien à faire acquérir; elle doit se borner à reconnaître les droits préexistants.

(2) Mais plus conséquent, M. Planiol évite de ranger la succession parmi les catégories spéciales et la place directement à l'endroit qu'il lui assigne.

(3) Planiol, *op. cit.*, I, n. 2562 et 2743.

(4) Siméon, Discours au corps législatif, n° 8 (Loché, t. V, p. 131).

(5) « Le droit de succession, tant active que passive, et du droit civil, car c'est la loi qui délègue la succession »... (Pothier, XII, p. 321).

(6) Le droit de succession et la succession sont des conceptions du droit civil (Binder, *op. cit.*, p. 1).

JURISPRUDENCE. — La jurisprudence roumaine n'a pas eu souvent à s'occuper de la question. Elle admet toujours que la succession est un moyen d'acquérir la propriété et constitue par elle-même un juste titre ¹. — Une fois, néanmoins, elle a posé des principes sur la matière et a considéré « que la succession est un droit d'acquérir la propriété, qui découle de la loi civile » ².

§ II. — CRITÉRIUM DES MANIÈRES D'ACQUÉRIR PAR LA LOI

Le nombre des modes d'acquérir par la loi n'est donc pas limité — chaque auteur trouve des exemples que ses prédécesseurs paraissaient ignorer — et la nature de chacun de ces exemples n'est pas encore bien déterminée — il y a doute, pour un, au moins : la succession.

Mais qu'est-ce à vrai dire qu'un mode d'acquérir par la loi? Quel est donc le critérium dont nous devons nous servir dans l'appréciation d'une espèce donnée, afin d'établir si la propriété est acquise par la loi ou non?

LÉGISLATION. — Les Codes ne nous le fournissent pas. Il y a plus : bon nombre de codes ignorent même la loi comme moyen d'acquérir ³.

DOCTRINE. — Les auteurs se bornent à reconnaître que la loi est défectueuse ⁴; ils y ajoutent chacun ce qu'il

(1) Cass. roum., I, 20 nov. 1881. B. 1881, I, 841; Cass. roum., 22 oct. B. 1890, I, 1135. — Cass. roum., I, 12 sept. 1906. B. 1906, I, 1334.

(2) Cass. roum. Sections unies, 16 nov. 1900. B. 1900, I, 1309.

(3) Les Codes français, art. 711; Belge, art. 711; Roumain, art. 644. V *suprà*, p. 1.

(4) Laurent, *op. cit.*, VIII, n. 435; Baudry et Wahl, *op. cit.*, I, n. 2. Planiol, *op. cit.*, I, n. 2562; Huc, *op. cit.*, V, n. 2.

trouve de meilleur et c'est tout. — M. Planiol est le seul, qui formule un critérium : on considère la propriété comme dévolue en vertu de la loi, écrit-il, toutes les fois que son acquisition ne peut se rattacher à aucun des procédés qui ont été érigés en manières distinctes¹.

Voilà qui est simple.

Ainsi donc, toute acquisition qui n'est pas faite en vertu d'un des modes que nous connaissons, est censée faite en vertu de la loi. — L'acquisition de la propriété en vertu de la loi, est dans cette doctrine la règle; les autres modes d'acquisition, y compris les conventions, n'en sont que des exceptions.

Pour connaître la nature juridique d'une acquisition, nous la ferons passer successivement dans les diverses catégories établies et si elle ne peut s'accommoder d'aucune d'elles, nous dirons que nous sommes en présence d'un cas où la loi fait acquérir la propriété.

RÉFUTATION. — Nous regrettons de ne pouvoir être d'accord avec notre éminent maître.

En effet, quand on nous dit que toute acquisition qui ne rentre pas dans « une manière distincte » tombe dans la manière générale de la loi, il faut nécessairement et avant tout que « ces manières distinctes » aient été strictement limitées et nettement définies.

Or, il arrive, que le Code Français — la question se pose de même pour la plupart des Codes — dans ses articles 711-712 ne connaît que six modes d'acquérir : la succession, la donation entre vifs, le testament, les obligations, l'accession ou incorporation et la prescription.

1) Planiol, *op. cit.*, I, n. 2743.

La loi, disent les auteurs, a le double défaut d'être confuse et incomplète. Et pour la compléter chacun de découvrir des modes distincts nouveaux et pour l'éclaircir de faire de la catégorie distincte de la succession *ab intestat* une sous-division rentrant avec d'autres, dans une catégorie distincte, la loi, que le Code paraît ignorer.

Dans ces conditions, lorsqu'on dit que « toutes les fois qu'une acquisition ne peut se rattacher à aucun des procédés qui ont été érigés en modes distincts d'acquérir, on considère la propriété comme dévolue en vertu de la loi », nous avons le droit de nous demander, à quels procédés il faut nous adresser, est-ce à ceux qui ont été érigés en modes distincts d'acquérir en vertu des articles 711-712 C. G. Fr., ou à ceux que chaque auteur croit constituer un procédé distinct? Il faut donc, comme nous l'avons dit, pour que ce critérium, soit un, que l'on s'entende d'abord sur la question des modes distincts d'acquérir.

Car, est-il possible, lorsque l'on voit la confusion¹ et l'insuffisance, qui règnent aussi bien dans la doctrine que dans la loi, relativement au nombre et à la nature des catégories spéciales, de s'en rapporter encore à elles elles pour y chercher un critérium concernant la règle générale?

Puisque tout mode d'acquérir qui n'est pas spécial est général, il faut d'abord limiter strictement et définir nettement ces modes spéciaux. Car tant que cela ne sera

(1) A part les successions dont on fait tantôt une catégorie distincte, tantôt une sous-division; à part les exemples que des auteurs évitent; il y en a qui voient dans les art. 554-555 un mode d'acquérir par la loi (Baudry et Wahl, I, n. 2. V. *supra*, p. 9, n. 8), au contraire, M. Planiol, II, 933, y voit un quasi-contrat.

point fait, tant que nous pouvons voir surgir de nouveaux modes, nous devons nous refuser à y chercher un critérium ; un critérium doit avoir un fondement inébranlable et ne pas consister en une énumération flottante.

Mais si l'on voulait se borner à l'énumération qu'en donne la loi dans les articles 711-712, ce serait pis encore, car ces articles ne reconnaissent pas à la loi le pouvoir de transmettre et de faire acquérir la propriété.

Et même, en laissant de côté cette objection — en supposant par exemple que le Code a sous-entendu que la loi peut transmettre et faire acquérir la propriété puisqu'elle le fait dans diverses hypothèses — encore faudrait-il éviter cette autre objection.

Est-il admissible que le nombre de modes d'acquérir par la loi soit infini ? Ne doit-on pas limiter les modes d'acquérir par la loi aux cas que l'on peut trouver isolément dans le Code et, faut-il au lieu d'y voir une énumération limitative de droit strict, les ériger en application d'une règle générale, que la loi ne pose nulle part, bien qu'elle ait eu l'occasion de le faire dans les articles 711-712, et bien qu'il s'agisse d'une règle d'une portée et d'une gravité aussi exceptionnelle que celle qui ferait de la loi *le mode général et commun d'acquérir*. On admettra donc une acquisition en vertu de la loi, même en dehors de texte ?

N'est-ce pas plutôt faire la loi que l'interpréter que de prétendre d'abord qu'on peut acquérir par la loi, ensuite que c'est là le premier mode d'acquérir alors que le Code ne dit rien de semblable, et enfin d'y ranger les successions *ab intestat* bien que le Code en fasse un mode distinct ?

Ne faut-il pas reculer devant un principe aussi grave ?

Car dire que la loi est le mode général et commun d'acquérir, n'est-ce pas dire que notre loi est socialiste, que son but est d'assurer le bonheur universel en distribuant les propriétés.

Vivons-nous donc sous l'empire de la Loi-Providence ou sous celui de la Loi-Gendarme ?

§ III. — VÉRITABLE CRITÉRIUM DES MODES D'ACQUÉRIR PAR LA LOI

Puisque donc le critérium qu'on nous propose a le triple défaut de manquer de fondement, d'être créé par la doctrine sans s'appuyer sur un texte et de conduire à la conclusion inadmissible que nous vivons sous un Code qui distribue la propriété, cherchons-en un autre.

Nous avons déjà repoussé l'énumération des modes d'acquérir donnée par les articles 711-712 parce qu'elle n'est pas scientifique ; nous repoussons à plus forte raison les énumérations proposées par la doctrine qui ne fait qu'allonger la liste sans procéder d'une façon méthodique. Nous avons posé des principes généraux qui se résument dans les trois points suivants : convention, en cas d'accord de volontés — loi, en cas de désaccord de volontés — fait personnel ou circonstances de fait¹, sous la bannière desquels vont se ranger facilement tous les modes d'acquérir.

Nous estimons donc que le véritable critérium des modes d'acquérir par la loi, c'est le cas de *conflit de volontés* : c'est lorsqu'il y a deux volontés contraires, dont

(1) V. *suprà*, p. 14, n. 1.

la loi prévoit la rencontre et dont — pour une raison ou pour une autre — elle veut éviter le choc, qu'elle intervient et tranche le conflit. Et sa façon de trancher est toujours — forcément — contraire à la volonté individuelle, arbitraire et indépendante de cette volonté¹.

Car n'est-il pas arbitraire de décider que le fruit qui est tombé de mon arbre est néanmoins la propriété de mon voisin parce que un coup de vent l'a rejeté chez lui. Et n'y a-t-il pas ici aussi conflit de volontés?

Et n'y a-t-il pas encore conflit de volontés et décision arbitraire dans l'hypothèse de l'acquisition des fruits par les envoyés en possession provisoire et dans cette autre hypothèse de la prescription instantanée des meubles?

Et n'y a-t-il pas encore conflit de volontés et décision arbitraire dans le cas des articles 384 pour la jouissance des père et mère ; 563 pour le lit d'une rivière ; 549 pour les possesseurs de bonne foi²?

(1) Parlant du devoir de secours entre époux, M. Planiol opine que bien que conventionnel on le déclare purement légal, parce que la loi le place au-dessus de la volonté des époux qui ne peuvent ni le modifier, ni l'anéantir (Planiol, *Revue critique*, 1889, XVIII, p. 559 et s.). Nous remarquons qu'ici nous retrouvons bien la caractéristique de l'intervention légale. — Ce critérium s'approche donc davantage de celui que nous proposons, et s'éloigne sensiblement de celui que propose M. Planiol pour les modes d'acquérir. V. *suprà*, p. 22.

(2) En droit roumain, il y a encore deux cas d'acquisition par la volonté de la loi — où nous retrouvons aussi l'exactitude de notre critérium — art. 285 C. C. qui attribue aux enfants, — en cas de divorce par consentement mutuel des parents — la moitié de la fortune de ceux-ci, en propriété, du jour de la première déclaration de divorce (les parents conservent, conformément aux principes généraux, l'usufruit jusqu'à la majorité des enfants); et la loi du 15 mars 1906 qui attribue aux enfants — en cas de divorce pour cause déterminée — un tiers des biens de l'époux reconnu coupable, en nue propriété, du jour de la transcription de la sentence de divorce pour les meubles et

Et n'y a-t-il pas encore conflit de volontés et décision arbitraire dans ces hypothèses — dont les auteurs et la loi font des modes distincts : de l'usucapion et de l'accession lorsque la chose unie pourrait se séparer sans préjudice pour les parties.

On pourrait concevoir, il est vrai, que dans un sens toute acquisition de propriété procède de la loi médiatement ou immédiatement. Mais ce sont ces dernières seulement qui peuvent passer pour des modes d'acquérir par la loi.

Nous voici donc à la théorie de la Loi-Gendarme. La loi ne distribue rien : elle intervient seulement pour trancher les conflits. Là, où il n'y a pas de conflit de volontés, elle n'a pas à intervenir, car elle n'a rien à donner, rien à faire acquérir ; mais seulement à trancher des conflits.

§ IV. — LA SUCCESSION N'EST PAS UN MODE D'ACQUÉRIR PAR LA LOI

Examinons donc, à la lumière de notre critérium si la succession peut être dévolue par la loi. Y-a-t-il ici un conflit de volontés ?

Si oui, peut-il être tranché par ce mode arbitraire, contradictoire et indépendant de la volonté individuelle ?

Et d'abord, distinguons dans la succession *ab intestat* deux parties : la *réserve*, c'est-à-dire le quantum dont le défunt ne pouvait disposer ni entre vifs ni par décès, sinon au

du jour de la transcription dans les registres de mutation pour les immeubles. L'époux conserve l'usufruit *toute sa vie durant* et peut racheter la nue propriété du tiers en offrant dix fois le revenu.

profit de certaines personnes limitativement déterminées, et la succession *ab intestat* proprement dite, c'est-à-dire, le quantum de la succession dont le défunt pouvait disposer soit entre vifs, soit par testament au profit de toutes personnes, désignées ou non par la loi.

Armons-nous ensuite du principe de l'autonomie de volonté et rappelons nous que *qui tacet cum loqui potest et debuit, consentire videtur*.

Et prenons, pour commencer, le quantum disponible de la succession.

La loi ne défend pas au *de cujus* de disposer de cette portion de ses biens : il a donc le droit de les donner, sans contrôle possible, à qui bon lui semble. Or, il n'a rien donné entre vifs et il n'a rien donné par testament ?

La loi doit-elle intervenir ici ? Pour qu'elle puisse le faire, il faut qu'il y ait en présence, des volontés contraires et il faut que sa volonté propre soit contraire à l'une de ces volontés. Où seraient donc, dans notre espèce, les volontés contraires ? On aura beau les chercher, on ne les trouvera pas.

Nous trouvons bien une volonté d'acquérir le patrimoine dont le titulaire est mort — volonté que représente l'ensemble de ceux qui ont cette aspiration — mais nous ne voyons pas que l'autre terme de ce rapport, le *de cujus* dise quoi que ce soit de contraire.

Mais de ce que le défunt n'a rien dit de contraire, peut-on en conclure qu'il n'a rien dit du tout ? De son vivant la loi lui disait : dispose de tes biens, tu en es maître ; et si tu ne veux pas en disposer, je te préviens qu'ils seront dévolus à telles et telles personnes.

Et il n'a rien donné, et il n'a pas fait de testament, il n'a rien fait de contraire à la loi ; il s'est tu. Or, *qui tacet cum loqui potest et debuit consentire videtur*.

Donc, bien que n'ayant rien dit du tout en fait, il a tout dit en droit. Il a pu choisir, il a choisi ; il a voulu.

Nous trouvons ainsi, d'un côté, le défunt qui, sur son lit de mort, se prononce définitivement pour l'attribution telle qu'elle est réglée par la loi et de l'autre, les héritiers qu'il a ainsi voulu désigner.

Dès lors, y-a-t-il conflit de volontés entre les deux termes de ce rapport juridique : défunt, héritier ? Non, il n'y a aucun conflit de volontés.

Dès lors, l'appel de ces personnes à l'hérédité est-il l'œuvre de la loi ou l'œuvre du défunt ? Évidemment non.

L'élément qui justifie l'intervention légale : le conflit de volontés fait ici défaut.

Pourquoi la loi interviendrait-elle ?

Mais elle intervient tout de même, puisque c'est elle qui désigne les héritiers.

Or cette volonté légale d'appeler telle personne ou telle autre, présente-t-elle le caractère que nous lui connaissons ?

Est-elle arbitraire, contraire à la volonté de celui qui vient de perdre la propriété, indépendante de cette volonté ?

Certes non ; il serait absurde de ne pas voir que la loi de succession *ab intestat* ne se présente pas comme indépendante, comme contradictoire de la volonté individuelle ; elle se présente au contraire comme identique, comme

conforme à cette volonté individuelle¹, comme cette volonté elle-même.

L'élément qui prouve l'intervention légale : volonté contraire à la volonté individuelle fait donc aussi défaut.

Il n'y a donc pas de désaccord de volontés entre le *de cujus* et ses héritiers, et la loi ne devrait pas intervenir; mais elle intervient tout de même, et cette intervention se présente non pas comme volonté légale mais comme la volonté individuelle elle-même. Quel serait alors le sens de son intervention ?

Nous nous trouvons, avec cette question, au cœur même des principes de droit.

Nous savons que dans tout contrat nous pouvons distinguer trois catégories d'éléments : essentiels, naturels et accidentels.

Les premiers et les seconds sont prévus par la loi ; les troisièmes sont imaginés par les parties.

Par quoi un élément essentiel se distingue-t-il d'un élément naturel ? Parce que, le contrat est inexistant en fait et en droit à défaut d'un élément essentiel : mais qu'il existe tant en fait qu'en droit, à défaut d'un des éléments qui sont de sa nature.

(1) Les auteurs qui font de la succession un mode d'acquérir par la loi, admettent néanmoins que la dévolution des biens d'une personne décédée est réglée d'après l'ordre présumé des préférences du défunt et de ses affections naturelles. Mais ils ajoutent que ce fondement n'est pas suffisant, car la succession comprend la réserve dont le défunt n'a pas pu disposer. Le principe de la fente contredit aussi cette règle (Planiol, *op. cit.*, III, n. 1700; Baudry et Wahl, *op. cit.*, I, n. 303; Huc, *op. cit.*, II, p. 32, etc.). C'est là, nous estimons, confondre — ce que fait d'ailleurs toute la doctrine et toute la jurisprudence — et ce dont nous parlerons plus loin — deux choses différentes : la succession *ab intestat* proprement dite et la réserve, qui elle, mais elle seule, constitue une succession légale. (Voyez, *infra*, p. 38).

Et cette division tripartite des éléments essentiels, naturels et accidentels n'est ni spéciale aux contrats, ni particulière au droit. C'est une division qui se rencontre dans toute chose créée, matérielle ou fictive.

Mais prenons tout de suite un exemple concret.

Nous avons un contrat de vente. La loi veut que le vendeur doive à son acheteur la garantie d'éviction (C. C. fr., art. 1626)¹ et garantie de son fait personnel (C. C. fr., art. 1628)². Toutes deux seront dues même à défaut de toute stipulation; mais s'il est loisible de se dégager expressément de la première, au contraire, toute convention qui tend à affranchir le vendeur de la seconde est nulle.

Or, lorsque *la garantie d'éviction* est ainsi due, en dehors de toute volonté nettement manifestée par les parties, mais uniquement en vertu de la loi, la garantie est néanmoins réputée conventionnelle.

Au contraire, *la garantie du fait personnel* est légale parce que la loi la place au-dessus de la volonté des parties qui ne peuvent ni la modifier ni l'anéantir³.

C'est que si la première est de la nature de la vente, la dernière est de son essence; c'est que s'il n'est pas contre nature que l'on s'affranchisse de répondre du fait des tiers, il est tout à fait contre nature d'évincer soi-même son propre acheteur.

Passons à la succession.

Nous avons d'un côté la quotité disponible; de l'autre,

(1) C. C. Roum., art. 1337.

(2) C. C. Roum., art. 1339.

(3) V. ci-dessus, p. 26, n. 1.

la réserve, et toutes deux seront dues, même à défaut de toute stipulation; mais s'il est loisible de se débarrasser expressément de la première, au contraire, toute convention qui tend à affranchir le *de cujus* de la dernière est nulle.

Or, lorsque la quotité disponible est ainsi attribuée en dehors de toute volonté nettement manifestée par les parties, mais uniquement en vertu de la loi, pourquoi serait-elle légale?

Au contraire, il est certain que la dévolution de la réserve est légale parce que la loi la place au-dessus de la volonté des parties qui ne peuvent ni la modifier ni la supprimer. C'est que, si la première est de la nature de la transmission successorale, la dernière est de son essence; c'est que s'il n'est pas contre nature de s'affranchir de la première et de laisser une partie de ses biens à des étrangers, il est tout à fait contre nature de laisser mourir de faim ses propres enfants ou l'auteur de ses jours.

I. La garantie du fait personnel est fondée sur la volonté de la loi, contrairement à la volonté du vendeur.

L'attribution de la réserve est fondée sur la volonté de la loi, contrairement à la volonté du *de cujus*.

II. La garantie d'éviction est fondée sur la volonté tacite du vendeur.

L'attribution de la quotité disponible est fondée sur la volonté tacite du *de cujus*

III. La garantie du fait personnel est obligatoire; la réserve l'est aussi : *le droit à la garantie du fait personnel et à la réserve est un droit légal.*

La garantie d'éviction donnée à l'acheteur est facultative; la dévolution de la quotité disponible aux héritiers désignés par la loi l'est aussi : *la garantie d'éviction et la dévolution de la quotité disponible ne sont pas légales*¹.

Mais on a objecté que s'il est admissible de dire que la loi, en réglant la dévolution successorale ne fait qu'interpréter la volonté du défunt, encore faut-il que celui-ci ait eu une volonté.

Or, un incapable de fait ne peut pas avoir eu de volonté; d'où cette conclusion que la loi n'est pas interprétative mais supplétive de volonté².

L'observation est exacte. Cela est incontestable. Mais elle a un défaut, et qui n'est pas mince : elle n'a aucune valeur.

En effet, la loi est dans ces cas supplétive de volonté, mais si cela est, cela est parceque partout où elle dispose pour des incapables de fait, elle présente ce caractère.

Ce n'est donc pas seulement en matière de succession que la loi est parfois supplétive de volonté.

(1) Ainsi l'on dit que l'obligation du tuteur qui résulte de l'acceptation de la tutelle lorsqu'elle est imposée par la loi est légale; mais au contraire lorsque le tuteur pouvait s'en affranchir, l'obligation, qui résulte pour le tuteur de l'acceptation de la tutelle, est quasi-contractuelle (Baudry et Barde, *Des obligations*, III, 2789 et les auteurs cités en note 3).

Comment dire alors que la succession est légale lorsqu'elle est imposée par la loi au défunt; et qu'elle est légale aussi, même lorsque le défunt pouvait s'en affranchir, et ne pas dire qu'elle est légale lorsqu'elle est imposée par la loi; mais au contraire lorsque le défunt pouvait s'en affranchir, le droit qui résulte pour les héritiers de la succession *ab intestat* est contractuel.

(2) Lapouge, *Étude sur la nature et sur l'évolution juridique du droit de succession*, n. 11.

§ V. — LA LOI NE PEUT PAS DÉFÉRER LA SUCCESSION :
ELLE NE FAIT QUE L'ORGANISER.

Nous avons suffisamment démontré que le critérium proposé des modes d'acquérir par la loi n'est pas exact ¹; nous en avons proposé un autre ²; nous avons démontré que tous les cas prévus par la doctrine y rentraient, excepté la succession *ab intestat* proprement dite. Nous avons donc conclu que la succession n'est pas un mode d'acquérir par la loi ³.

Mais si la dévolution de la succession *ab intestat* ne se présente pas comme un mode d'acquérir par la loi, en théorie, la loi pourrait-elle décider de faire une attribution de succession ?

L'article 544 du C. C. Fr. et l'article 480 du C. C. Roumain définissent la propriété : « le droit de jouir et de *disposer des choses de la manière la plus absolue* pourvu qu'on n'en fasse pas *un usage prohibé* par les lois ou par les règlements. »

L'article 19 de la Constitution roumaine du 1^{er} juillet 1866 déclare « que la propriété de toute nature est sacrée et inviolable. »

Rappelons-nous encore l'article 537 C. C. Français (art. 475 C. C. Roumain) aux termes duquel « les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les *modifications* établies par les lois. »

Comment reconnaît-on un droit de propriété ? « Le droit

1) Voyez *suprà*, p. 21, s.

2) Voyez *suprà*, p. 25, s.

3) Voyez *suprà*, p. 37, s.

de propriété se reconnaît aux caractères suivants : la perpétuité et la libre disposition. Privé de l'un ou de l'autre de ces deux caractères, il ne sera plus qu'un droit de possession ou d'usufruit » ¹.

Il apparaît donc comme de toute évidence qu'aucune loi ne peut faire une attribution de propriété des biens laissés par un défunt, car si une loi s'avisait de le faire, elle ne ferait rien autre qu'anéantir ce droit de propriété, le réduire à un droit essentiellement viager comme l'usufruit ou la possession.

On ne saurait objecter que la propriété ne dure qu'autant que dure la vie de son propriétaire ; car justement c'est là un des traits caractéristiques du droit de propriété d'être perpétuel, c'est-à-dire « de durer autant que la chose qui en fait l'objet et non pas autant que dure la vie de son titulaire » ².

Par ce fait que la propriété subsiste même après le décès du titulaire, celui-ci peut et doit rester libre d'en disposer et en droit, il conserve pleinement et entièrement cette liberté, par le droit de tester ³.

(1) Gide, *Principes d'économie politique*, p. 409. — La comparaison est défectueuse : ni l'usufruitier ni le possesseur ne peut aliéner la chose dont il a la jouissance. Or, même si l'on privait le propriétaire du droit de transmettre par décès, la propriété ne tombera pas encore dans la catégorie de l'usufruit ou de la possession, car le propriétaire pourra toujours aliéner entre vifs.

Ce qu'il est vrai de dire c'est qu'en privant la propriété de l'attribut de la perpétuité, donc de la faculté de transmettre par décès, on en fera un droit essentiellement viager *comme* l'usufruit ou la possession. Mais c'est là tout ce qu'il aura de ressemblant entre l'usufruit ou la possession et la propriété privée de perpétuité.

(2) Gide, *op. cit.*, p. 409.

(3) Mais on a cherché (*l'école socialiste contemporaine*) de trouver un fondement juridique qui puisse approuver une interdiction du droit de tester et

La loi ne peut disposer du bien d'un défunt, car il appartient perpétuellement à celui-ci. Mais comme en fait celui-ci ne le réclame point, elle devrait l'accorder à l'État, comme un bien vacant, si elle ne voyait dans la succession, l'expression de la volonté du défunt.

Que le droit de tester n'ait pas existé de tout temps, cela est possible, mais cela n'influe en rien sur la question. Nous verrons un peu plus loin, le véritable contresens historique que l'on commet en raisonnant sur la plus ou moins grande ancienneté du droit de tester.

on a argumenté, de théories des économistes (Wagner, *Grundlegung*, II partie, 198-272-279) que la propriété n'est pas un droit mais un ensemble de droits, « *eine Summe einzelner Befugnisse* », notamment cinq droits : d'usage, de convention, de donation, de tester et d'accumulation ; on a argumenté des théories des historiens (Sumner Maine, *Etude sur l'histoire du droit*, p. 210), que la propriété n'a pas toujours existé avec les attributs qu'on lui reconnaît aujourd'hui, pour conclure qu'on peut retirer à la propriété un ou deux, des cinq droits qui le composent, sans pour cela abolir la propriété, (Eugenio Rignano, *Un socialisme en harmonie avec la doctrine économique libérale*, p. 179). Mais cela est juridiquement insoutenable et historiquement aussi. Si la propriété n'a pas toujours existé avec l'organisation qu'elle a aujourd'hui, cela ne veut dire ni que l'organisation moderne est meilleure ni qu'elle est inférieure ; mais cela ne dit pas non plus que l'organisation d'il y a mille ans puisse s'accommoder avec celle d'aujourd'hui.*

Quant à la théorie de Wagner, nous pensons qu'elle confond les attributs du droit avec le droit lui-même. Il est vrai de dire que les cinq droits sont des attributs du droit de propriété mais non pas des éléments constitutifs de ce droit. Car alors nous pourrions dire de même de tous les autres droits. Ainsi le droit d'usufruit, peut-on dire, n'est pas un droit mais un ensemble de droits : celui d'user de la chose ; celui d'en percevoir les fruits ; celui de contracter quant à l'usufruit ; celui de donner l'usufruit...

Pour ce qui est de la possibilité de retirer à la propriété un de ces droits sans pour cela abolir le droit de propriété, c'est tout comme on pourrait retirer à tous les hommes les jambes, ou les mains, ou les yeux, etc., sans pour cela abolir et détruire le genre humain : seulement ce ne sera plus des hommes comme nous les entendons et ce ne sera plus un droit de propriété comme nous l'entendons.

Nous avons vu les trois principes de la législation actuelle : que la propriété est inviolable ; que le propriétaire peut en disposer de la façon la plus absolue et que ce pouvoir absolu n'est en définitive que relatif, car on ne peut ni jouir, ni disposer que dans les limites déterminées par les lois.

L'institution *de la réserve* apparaît donc comme conforme à ces principes, comme une limitation ou modification du droit absolu de propriété.

Mais prétendre que « le droit de succession tant active que passive est du droit civil » comme le voulait Pothier, ou que « la succession est un mode d'acquérir par la loi » comme le veulent nos auteurs modernes, *ce n'est plus limiter ou modifier l'exercice du droit de propriété : c'est l'annuler complètement*, c'est en faire un droit essentiellement viager¹.

(1) L'article 14 de la Constitution nationale du Brésil garantit, à tous les habitants de l'État, le droit d'user et de disposer de leur propriété conformément « aux lois qui en réglementent l'exercice » et non pas comme les lois françaises et roumaines sous les modifications établies par les lois. Or les lois ne doivent, sous peine de nullité, violer l'esprit du principe en vertu duquel elles ont été édictées.

Ainsi, est-ce avec raison, qu'un auteur, considérant d'une part, la garantie parfaite qui assure la propriété et la libre disposition des biens et comme complètement des deux, la promesse que leur libre exercice ne sera point restreint et d'autre part, les lois qui s'interposent entre le propriétaire et la propriété pour limiter le droit de disposer du propriétaire qui se trouve sur son lit de mort, voit dans ces lois une violation de la Constitution (Daniel F. Maxwell, *La ley de la provincia de Buenos Aires sobre Herencias transversales es contrario al Código Civil*).

§ VI. — LA RÉSERVE EST UN MODE D'ACQUÉRIR PAR LA LOI

On fait généralement, en parlant de la dévolution d'une succession *ab intestat* une confusion regrettable¹ entre la réserve : partie des biens de la succession, que la loi réserve à certaines personnes et qui constitue une véritable succession légale, et la quotité disponible : partie des biens de la succession, dont le défunt avait la pleine et entière liberté de disposition et qui constitue la succession *ab intestat* proprement dite, car elle seule existe à défaut de testament, alors que la première existe indépendante, même dans le testament.

Ainsi lorsqu'on dit que « la réserve est une portion de succession *ab intestat* dans la succession testamentaire² », ou que « la réserve est une succession *ab intestat* garantie par la loi » on commet une erreur car il n'y a aucune comparaison possible entre la succession *ab intestat* et la réserve. Il faut dire tout simplement que la réserve est une succession légale, et que la succession *ab intestat* n'en est pas une.

Nous avons déjà eu l'occasion de le constater à maintes reprises : nous allons préciser davantage.

Examinons la réserve aux données de notre critérium

(1) Voyez *suprà*, p. 30, n. 1. Villey estime que si la succession testamentaire est fondée sur la propriété individuelle, la succession *ab intestat* est tout le contraire, car on ne peut interpréter l'intervention de la loi au lieu et place du propriétaire. Les biens devraient rester vacants et sans maître (Discussion à la Société d'économie politique de 1888, *Journal des Économistes*, tome XLII, p. 109, année 1888). Nous avons déjà expliqué comment on doit interpréter l'intervention de la loi, nous n'y reviendrons plus. (Voyez *suprà*, p. 30 et 34).

(2) Toute la doctrine et la jurisprudence. *Idem*, Cass. roum., I, 28 oct. 1866, B. 1866, t. VI, p. 140.

des modes d'acquérir par la loi : conflit de volontés, mode de le trancher contraire à une des volontés en conflit.

Primus meurt et laisse un enfant et une succession de 40. Il avait donné 60 entre vifs. Nous trouvons en présence, la volonté du *de cujus* qui a été manifestement exprimée de donner entre vifs, à des étrangers 60 et la volonté de son fils d'acquérir le plus possible.

Or, le défunt s'est opposé au désir de son enfant en disposant entre vifs. — Le conflit est visible, donc l'intervention de la loi justifiée ¹.

La loi intervient et donne à l'enfant le droit *de réduire* les donations faites par le défunt : l'intervention de la loi présente ici la caractéristique que nous lui connaissons, d'être indépendante de la volonté individuelle : donc la réserve est bien un mode d'acquérir par la loi. Tout accord de volontés est exclu ². Au contraire, aucun droit n'est accordé à l'enfant s'il a sa réserve entière.

Mais supposons une succession de 40 et pas d'enfants ni d'ascendants. — Tout le patrimoine était disponible.

Nous trouvons en présence, la volonté du *de cujus* qui a été de donner 60 entre vifs et celle de ses frères qui est d'acquérir davantage.

La loi intervient-elle ? Non.

(1) Il n'y a conflit que pour la réserve, car c'est pour la réserve seulement que les enfants ont un « droit » à la succession. On abuse trop de ce mot, en l'employant pour tous les héritiers *ab intestat*, qui n'ont aucun droit, — pas plus que les ascendants d'ailleurs — hors la réserve.

(2) Même du vivant de *de cujus* la loi prend toutes sortes de mesures pour protéger les réservataires. Ainsi elle défend l'adoption si on a un enfant, et prive d'effets la reconnaissance de l'enfant naturel pendant le mariage afin de ne pas nuire aux droits des enfants légitimes issus de ce mariage; de même elle révoque les donations pour survenance d'enfants.

Mais n'y a-t-il pourtant pas ici un conflit de volontés?

Non. Il n'y a aucun conflit. Pour qu'il y ait conflit, il faut qu'il y ait eu en présence deux volontés dont une a un droit et l'autre l'apparence d'un droit, ou qu'il y ait deux droits en présence : or, les frères et sœurs n'ont aucune apparence de droit et encore moins de droit : car de droit successoral il n'en existe pas, ou il existe si l'on veut, mais dans un autre sens que celui qu'on lui donne, et que nous verrons plus loin ¹.

Si la loi intervient pour les descendants et les ascendants, c'est que ceux-ci ont un droit légal qui doit être sanctionné dans la mesure où il existe, lorsqu'il entre en conflit avec la volonté du défunt. Mais rien de semblable ne se présente dans l'hypothèse des collatéraux.

Il n'y a donc pas seulement deux modes de transmission successorale testamentaire et *ab intestat*, mais il y en a trois : *légale*, *testamentaire* et *ab intestat*.

La première est dévolue par la volonté de la loi malgré la volonté du défunt; la seconde, l'est par la volonté manifestée expressément par le défunt; la troisième, l'est par sa volonté manifestée tacitement ².

La première comprend la réserve; la seconde et la troisième comprennent la quotité disponible.

La première existe toujours — dans les cas prévus — qu'il y ait ou non testament; la seconde et la troisième peuvent exister l'une ou l'autre ou l'une et l'autre.

(1) V. aussi *suprà*, p. 38. n. 1.

(2) Il n'est donc pas exact de dire que le droit de succession *ab intestat* est imposé au père et même parfois imposé aux enfants (Gide, *op. cit.*, p. 410). La succession *ab intestat* n'est pas imposée, c'est seulement la réserve qu'elle l'est.

La succession légale est la première ; la succession testamentaire commence là où finit la succession légale ; la succession *ab intestat* commence là où finit la succession testamentaire.

§ VIII. — ARGUMENTS DU SYSTÈME QUI SOUTIENT QUE LA SUCCESSION EST DÉVOLUE PAR LA LOI (1). — CORRÉLATION ENTRE LA RÉSERVE ET L'OBLIGATION ALIMENTAIRE.

I. « La propriété trouve d'abord son existence réelle dans
 « l'État qui la règle par le droit positif, et de là elle se
 « partage entre les citoyens comme propriété privée. Si
 « l'on fait ici (dans la succession *ab intestat*) l'application
 « de ce principe, on voit que, si à la mort de l'individu,
 « ses biens cessent d'être l'attribut de sa personnalité ; ils
 « ne perdent pas, pour cela, leur caractère de propriété,
 « puisqu'ils tiennent par leur base fondamentale à l'État
 « qui ne meurt pas. De même que le droit peut régler de
 « différentes manières l'empire de l'homme sur la nature,
 « non libre, il peut aussi à la mort de l'individu, régler
 « ses biens de différentes manières pour les rattacher
 « sans interruption à l'organisme général.

« Il peut d'abord conserver à la propriété de ces biens

(1) On pourrait objecter, que c'est par cette étude que nous aurions dû commencer et non finir l'exposé et la critique de cette doctrine. Si pourtant nous n'avons pas procédé ainsi, c'est parce que nous avons estimé utile de dissiper d'abord la confusion que l'on fait entre la succession *ab intestat* et la succession *légale* et d'en démontrer juridiquement l'existence indépendante, étant donné que les arguments qu'on apporte en faveur de la doctrine que nous combattons ne sont pas des arguments proprement dits, mais plutôt des affirmations, dont la connaissance préalable n'eût en rien servi à élucider notre problème, mais que nous réfuterons plus efficacement après.

« son caractère de propriété privée, en faisant par une
« espèce de fiction survivre la personnalité de l'ancien
« propriétaire et cela de deux manières. La volonté de
« l'individu, exprimée de son vivant peut continuer à
« régir ses biens après sa mort (testament, disposition a
« cause de mort); ceux qui tenaient de plus près à la
« personne du propriétaire décédé peuvent continuer la
« propriété (succession *ab intestat*) et ici la parenté qui
« perpétue la personnalité du défunt doit avoir une grande
« influence. Ensuite la propriété privée peut, après la
« mort du propriétaire devenir propriété publique. Cette
« pratique se rencontre souvent chez les Orientaux, mais
« on la retrouve aussi chez les nations chrétiennes de
« l'Europe quoique fort restreinte. Ainsi partout où il y a
« des droits successoraux à payer, l'État entre en partage
« avec les héritiers ¹ ».

RÉFUTATION. — On voit facilement que ce sont là des affirmations et non des arguments. Tout le système de Savigny se fonde sur cette affirmation que la propriété privée trouve d'abord son existence réelle dans l'État qui la règle par le droit positif et que de là, elle se partage entre les citoyens comme propriété privée.

Or il faudrait d'abord démontrer qu'il est exact que la propriété privée trouve *d'abord* son existence réelle dans l'État.

Le fait que la loi positive règle le droit de propriété privée ne prouve nullement que celui-ci trouve d'abord son existence réelle dans l'État et que c'est de là qu'il se partage entre les citoyens; mais au contraire nous pensons que

(1) Savigny, *op. cit.*, I, 370-371.

c'est parce qu'il a existé chez les citoyens que la loi l'a réglé ; autrement dit, nous pensons que ce n'est pas la propriété privée qui trouve son existence dans l'État, mais que c'est l'État qui — historiquement — trouve son existence dans la propriété privée, de même que c'est la nation qui trouve son existence dans les individus et ce ne sont pas les individus qui trouvent leur existence dans la nation.

La nation est une réunion de personnes ; l'État est une réunion de propriétés terriennes.

Une nation ne saurait exister sans des individus ; mais des individus peuvent exister sans former une nation.

Un État ne saurait exister sans un territoire ; mais un territoire peut exister comme propriété privée sans faire partie d'un État.

Il est donc exact que c'est l'État qui trouve son origine dans la propriété privée et non pas la propriété privée qui a sa base dans l'État.

II. « La propriété particulière ne pouvait avoir d'autre
« origine que le droit du premier occupant ou le droit du
« plus fort ; elle ne durait que par la possession et la force
« aussi pouvait la détruire. La société civile est la seule
« et véritable source de la propriété : c'est elle qui garan-
« tit à chaque individu ce qu'il possède à juste titre ; et
« cette garantie est elle-même le but principal de la
« société ; elle est un des premiers éléments de son exis-
« tence, de sa conservation et de sa propriété ¹.

RÉFUTATION. — Or, si l'origine de la propriété se trouve dans le droit du premier occupant ou le droit du plus fort,

(1) Chabot, *Rapport sur les Successions*, n. 3 ; (Locré, V, p. 104).

il est évident que sa source ne peut plus être dans la société civile. Si dans sa première phase le droit de propriété ne durait que par la possession et si la force aussi pouvait le détruire, cela ne prouve pas que la propriété n'existait pas avant la constitution de la société civile, mais cela prouve uniquement qu'elle n'était pas réglementée et c'est justement la nécessité de la réglementer et de la faire respecter qui a amené la constitution de la société civile.

Chabot le dit lui-même : la société garantit.

Or garantir ce n'est pas créer : c'est assurer l'existence à ce qui existait déjà.

Si donc la société s'est constituée pour garantir la propriété, c'est que la propriété existait.

Si le droit de propriété n'a pas eu toujours les attributs qu'il a aujourd'hui ¹, cela ne prouve rien non plus : il n'a pas moins existé avant qu'il fut réglé comme il l'est, comme les mines d'or ou d'argent n'existaient pas moins au sein de la terre avant qu'elles fussent découvertes et leur exploitation réglée.

« Mais si l'homme dans l'état de nature, n'avait pas le « droit de propriété, il ne pouvait le transmettre lorsqu'il « mourait, car on ne peut transmettre, on ne peut donner « ce qu'on n'a pas ². »

Encore une affirmation gratuite : Il y a bien longtemps que l'on sait que l'homme, à l'état de nature, n'a existé que dans l'imagination puissante de Rousseau. Quant à dire que l'homme ne pouvait donner ce qu'il n'avait pas,

1) De Laveleye, *De la propriété et de ses formes primitives*, p. 543

(2) Chabot, *op. cit.*, *loc. cit.*

encore faudrait-il prouver que réellement il n'avait pas¹.

Mais il y a encore une autre explication et qui paraît avoir une apparence de vérité.

III. « Aussitôt que nous mourons, tous les liens qui tenaient
« nos propriétés dans notre dépendance se rompent; la
« loi seule peut les renouer. Sans elle les biens destitués
« de leurs maîtres seraient au premier occupant. La suc-
« cession est donc une institution civile par laquelle la loi
« transmet....² ».

RÉFUTATION. — Raisonçons.

La mort ne brise pas seulement notre vie, mais elle brise aussi les liens qui tenaient la propriété dans notre dépendance : alors, pour ne pas que le premier venu s'en empare, la loi intervient.

Pourquoi faire ? — Pour disposer de ces biens comme elle veut ? Non. Elle intervient pour renouer les liens rompus ; or, les liens ont été brisés entre le défunt et sa propriété. Voici donc que malgré la mort nous continuons à avoir des biens sous notre dépendance. Comment peut-on dire alors que c'est la loi qui transmet ?

(1) M. Saleilles pense qu'au début, la propriété n'était en effet, qu'un droit d'occupation temporaire et provisoire d'un terrain déterminé. On n'en avait donc que la possession. Mais cela s'explique quand on se rappelle que les premiers peuples étaient nomades. C'est donc la force des choses qui rendait la propriété temporaire. Pourtant, dans cette période temporaire le chef de famille transmettait néanmoins par succession la possession de la terre, à sa famille. Il est donc évident que le jour où les invasions des barbares cessèrent, que les peuples devinrent stables, la propriété perpétuelle se constitua sans aucune intervention par ce simple fait de la stabilité du propriétaire. *Le droit de propriété n'est donc pas l'œuvre de la loi*. Il a existé, avec un caractère de perpétuité, le premier jour, où on s'est assis dans un endroit avec intention d'y rester toujours (M. Saleilles à son cours).

(2) Siméon, *loc. cit.*

Sans cette bienveillante et opportune intervention de la loi pour renouer les liens rompus par les Parques implacables, ces liens restant bel et bien rompus, nous eussions compris que la loi s'occupât de transmettre à un nouveau propriétaire la chose perdue par le propriétaire précédent ; mais puisqu'elle a relié ces liens, elle n'a pu le faire que pour s'épargner cette peine et permettre au défunt d'en disposer lui-même.

On s'est élevé avec violence contre cette pensée de Montesquieu : L'ordre des successions dépend des principes du droit politique ou civil et non pas des principes du droit naturel. L'ordre civil ou politique demande souvent que les enfants succèdent au père ; mais il ne l'exige pas toujours. Le partage des biens, les lois sur ce partage, tout cela ne peut avoir été réglé que par la société et par conséquent par des lois politiques ou civiles » ¹

Il n'y a rien de plus erroné, dit M. Huc ². S'il y avait malentendu autant qu'erreur chez les auteurs du Tribunal, écrit Laurent, chez Montesquieu le danger de ce malentendu éclate et l'erreur devient dangereuse ³.

Or, rien n'est ni moins erroné ni moins dangereux que ces éternelles vérités dont parle Montesquieu.

Qu'y a-t-il en effet de plus juste que le fait de voir la loi naturelle ordonner au père de nourrir ses enfants, mais sans l'astreindre à les faire ses héritiers ?

Examinons cette pensée au double point de vue abstrait et positif.

(1) Montesquieu, *Esprit des lois*, XXVI, 6.

(2) Huc, *Le Code civil Italien*, I, 168.

(3) Laurent, *op. cit.*, VIII, n. 471.

Fournir à ceux qui tiennent de nous la vie, les moyens de la conserver, lorsqu'ils ne peuvent y parvenir seuls, cela est évidemment naturel. Mais est-il aussi naturel d'obliger le père à transmettre toute sa fortune à ses enfants qui ne le méritent peut-être pas? Obliger aveuglément un père à qui une vie pénible et laborieuse, a permis de ramasser un petit pécule, de le transmettre à des enfants dont il n'a peut-être eu qu'à souffrir, cela ne semble-t-il pas un peu contre nature ?

C'est certainement le désir intime de chaque père de transmettre ses biens dont il ne jouira plus, une fois mort, à ceux pour qui il a vécu, à ceux qu'il a comblé d'affection, mais si cela est, cela n'est pas parceque la nature le veut, mais parce que lui, le père le veut, parce que ses enfants ont été sa joie et l'espérance de sa vieillesse, et qu'il veut les récompenser de leur bonne conduite.

Mais voici que cet enfant comble de honte son père, remplit sa vie d'amertume, afflige sa vieillesse — Serait-il alors tout naturel que néanmoins la loi de la nature l'oblige à faire de lui son unique héritier.

Non, Montesquieu a raison, la loi naturelle n'oblige les pères qu'à nourrir leurs enfants.

Mais la loi positive ne sanctionne-t-elle pas ce principe ? Oui, évidemment. — En effet, la loi n'oblige nulle part les pères de transmettre aux enfants, ni les enfants de transmettre à leur père, autre chose que des aliments. Car si les descendants prennent parfois toute la fortune de leur père, ils le font tout comme les collatéraux prennent parfois toute la fortune de leur frère ou de leur cousin : la loi n'oblige le défunt à transmettre tous ses biens, pas plus à

ceux là, qu'à ceux-ci. — Qu'il ait ou non des enfants, il peut disposer de ses biens. — Ce qu'on lui défend dans la première hypothèse, c'est d'aliéner même la portion de biens dont le revenu — a plus ou moins près — servait de son vivant à nourrir les enfants. La réserve n'est donc autre chose que le prolongement de l'obligation alimentaire ¹. La réserve n'existe qu'entre les mêmes parents qui se doivent des aliments et rien qu'entre ces mêmes parents ². — Obligation alimentaire du vivant — succession légale après décès — l'une et l'autre sont les termes d'un même rapport.

En effet, l'obligation alimentaire existe entre parents légitimes en ligne directe : la réserve existe entre parents légitimes en ligne directe. L'obligation alimentaire n'existe pas entre collatéraux : la réserve n'existe pas entre collatéraux. L'obligation alimentaire existe entre parents naturels : la réserve existe entre ces mêmes parents ³.

(1) La réserve est « un élément de stabilité et d'égalité sociales et un moyen de sanctionner le devoir qui incombe aux parents de donner une situation à leurs enfants ou du moins de les aider à s'en créer une. (Percerou, *La liquidation du passif héréd. en dr. comp. Rev. trim.*, 1905, p. 822.) — Si dans la succession a défaut d'un des parents la part du défailant accroît aux collatéraux et non au parent survivant, c'est parceque la part des parents leur est déférée à titre d'aliments. (Laurent IX, n. 36). — Or la part successorale des père et mère correspond exactement à leur réserve. — C'est donc que la réserve n'est que le prolongement de l'obligation alimentaire.

(2) Il a pourtant été contesté qu'il existe une corrélation entre l'obligation alimentaire et la réserve, et on s'est fondé, pour l'affirmer, sur les art. 206, 207, C. C. qui accordent des aliments à certains alliés sans leur donner une réserve. (Baudry et Colin, *Des Donations entre vifs et des testaments*, I, 745; Huc, *Le C. C. Italien*, I. 205 s.; Planiol, III, 3049). Mais on oublie que si les alliés n'ont pas de réserve c'est que cela tient à la nature des liaisons d'affinité qui cessent avec la mort.

(3) La question est néanmoins controversée. — La loi n'accorde pas expres-

L'obligation alimentaire est due par les parents à leurs enfants adultérins ou incestueux : elle est prolongée sur la succession des parents ¹.

L'obligation alimentaire existe entre époux sous le nom du devoir de secours ; elle est prolongée sur la succession du conjoint prédécédé.

L'obligation alimentaire existe entre certains alliés : gendres et belles-filles et beaux-pères et belles-mères.

sément de réserve ni aux parents ni aux enfants naturels. Une partie de la doctrine l'accorde aux enfants et la refuse aux parents (Demolombe, *Donations*, II, 184; Baudry et Colin, *Donations*, I. 745), une autre l'accorde à tous les deux; (Merlin, Rep. ^{vo} Réserve. sect. 4, n. 20. — Voir les auteurs cités dans Fuzier-Herman, sur l'art. 915, n. 1, *in fine*); une autre, enfin la refuse à tous les deux (Laurent, XII, n. 53) La jurisprudence a varié, en admettant la réserve pour les deux (Cass. 3 mars 1846. S. 46. 7. 213) et finalement la refusant aux parents. (Cass. 12 déc. 1865. S. 66. 1. 73), mais l'accordant néanmoins aux enfants.

En Roumanie la question se présente sous un autre aspect. Nous renvoyons la question jusqu'au moment où nous étudierons le point de savoir si les enfants naturels ont un droit à la succession de leur père.

(1) La circonstance de fait que le législateur dans ces deux cas, a nommé le droit qu'elle accordait : droit aux aliments et non réserve, ne doit pas nous tromper. — Qu'importe le nom, puisque la chose existe. Le législateur tient à la tradition et les mots lui font peur. Faire des enfants adultérins et incestueux et du conjoint survivant des réservataires lui paraît une chose extraordinaire. — Non, vraiment, imaginez-vous un enfant incestueux ou un conjoint s'appelant, héritier !. — Cela, c'est trop fort. — Mais dire qu'il a un droit aux aliments — ce qui n'est pas, d'après quelques-uns, un droit héréditaire mais un droit de créance — cela, ça peut aller. — Mais puisqu'une loi récente a permis le mariage entre l'époux adultère et son complice et conséquemment autorisé la légitimation par mariage subséquent des enfants adultérins, il est vraiment regrettable qu'on n'ait pas permis en même temps la reconnaissance d'un enfant adultérin et encore qu'on n'ait pas modifié l'art. 762 qui écarte de la succession les enfants adultérins. — Ainsi nous avons l'art. 331 qui permet la légitimation; l'art. 333 qui leur confère les mêmes droits qu'aux enfants nés de ce mariage, alors l'art. 762 les écarte formellement de la succession. — A un autre point de vue, l'art. 331 permet la légitimation alors que l'art. 335 défend encore la reconnaissance de l'enfant adultérin.

(art. 206 et 207 C. C. Fr.) ; mais la réserve n'existe pas entre ces mêmes alliés. — Serait-ce là, une exception à notre principe. — Apparemment oui. Et on l'a cru et a tort, et on en a conclu qu'il n'y avait aucun rapport entre la réserve et l'obligation alimentaire.

Si la réserve n'existe pas entre alliés, ce n'est pas parce que la corrélation entre l'obligation alimentaire et la réserve n'a rien de nécessaire, mais parce que d'un côté l'obligation alimentaire est intransmissible ¹ et de l'autre la parenté qui résulte de l'alliance s'éteint avec la mort de l'allié qui la devait ². Si la réserve est due par la succession des

(1) Les auteurs et la jurisprudence française se prononcent généralement dans ce sens, de même que la doctrine de la jurisprudence roumaine. — *Contrà*, Aubry et Rau, VI, § 553, p. 109 et les auteurs cités dans Baudry-Fourcade, *Des personnes*. II, n. 2061, note 1.

Si néanmoins l'obligation alimentaire est transmissible en faveur des enfants adultérins et incestueux et le droit de secours du conjoint survivant aussi sur la succession du prédécédé c'est par une dérogation remarquable aux règles ordinaires. (Planiol, I, n. 904.)

(2) Baudry et Fourcade, *Des personnes*. II, 2040 pensent que la loi attache l'extinction de l'obligation alimentaire entre alliés seulement à la mort d'un des époux sans postérité. L'art. 206, al. 2 n'exige, pour faire cesser l'obligation alimentaire, la condition du défaut de postérité que lorsque « celui des époux qui produisait l'affinité est mort. » Et la loi a raison. En effet, si l'époux qui produisait l'affinité est mort sans postérité, l'alliance se brise : morte ma fille, mort mon gendre ; si l'époux qui produisait l'affinité, est mort laissant une postérité, l'affinité subsiste ; les aliments seront dus par l'allié. — Mais si c'est l'autre époux qui est mort, — celui qui était allié et non pas celui qui produisait l'affinité — la question de la postérité ne se pose plus : l'affinité disparaît avec la mort et avec la disparition de l'affinité disparaît l'obligation alimentaire — Prenons un exemple :

a) Primus gendre de Secundus décède laissant une postérité : l'affinité est brisée par la mort de l'allié. Secundus ne peut pas demander des aliments à la succession de Primus, car sa propre fille vit et ses neveux — descendants de Primus — sont ses parents en ligne directe. C'est donc à eux qu'il s'adressera à l'avenir pour des aliments.

b) Primus gendre de Secundus décède sans postérité : l'affinité étant brisée,

parents légitimes c'est parce que le lien de parenté subsiste malgré la mort; or l'alliance ne dure que jusqu'à la mort : le gendre mort, les beaux parents ne peuvent avoir de réserve car la parenté a cessé d'exister.

Une autre difficulté se présente pour l'adoption : l'obligation alimentaire est due réciproquement entre adopté et adoptant, mais l'adopté seul a une réserve dans la succession de l'adoptant; celui-ci n'en a aucune dans la succession de l'adopté. Nous n'avons pourtant pas, ici non plus, d'exception à la règle.

Si l'adoptant n'a pas de réserve ni d'aliments dans la succession de l'adopté, cela tient à la nature particulière de l'adoption.

L'adoption est un contrat. Et c'est un contrat exceptionnel dont les avantages ne sont que pour l'adopté ¹.

Il en est de même pour le cas du donateur qui a le droit de demander des aliments à son donataire, mais qui n'a aucun droit sur sa succession.

Certes, nous ne félicitons guère le législateur. — Nous ne voyons pas pourquoi l'adoptant et le donateur ne pourraient avoir droit à une certaine partie des biens de

Secundus ne peut demander des aliments à la succession de Primus. — Il s'adressera à sa propre fille qui survit.

La formule de MM. Baudry et Fourcade n'est donc pas exacte. — Il vaut mieux dire que l'obligation alimentaire entre alliés cesse avec la mort de l'allié qui la devait.

Il y a pourtant des auteurs — et nous ne sommes point de cet avis — qui voudraient qu'à défaut de parents au degré successible et de conjoint survivant, la succession soit dévolue aux alliés. (Rodière. *Changements à introduire dans l'ordre des successions*, dans le *Recueil de l'Académie de législation*, 1856, V, p. 143.)

(1) L'adoptant n'a qu'un droit de retour — sous certaines conditions — sur les biens qu'il a donnés à l'adopté.

l'adopté et du donataire, qu'on l'appelle, réserve — ou au moins : droit aux aliments ¹.

Nous concluons donc qu'en droit abstrait et en droit positif, Montesquieu avait raison de dire que les parents ne se doivent que des aliments car la réserve n'est que le prolongement de ce droit après la mort du débiteur ; la succession, ils peuvent se la laisser, mais ils n'y sont pas obligés.

Quoi de plus vrai aussi que cette deuxième pensée de Montesquieu que le partage des biens et les lois sur le partage ont été réglés par la société civile ?

Est-il douteux que ce sont les lois qui « règlent » le partage ?

Est-ce à dire, se demande Laurent — comme s'il se rendait compte lui-même de l'inutilité de l'interrogation — que la loi crée le partage et les successions ?

Et Laurent de répondre résolument : non.

Il est probable — Laurent le pense aussi — que Montesquieu eût répondu de même ; car il ne dit pas que les lois créent ; il dit clairement que les lois règlent. Or, régler ce n'est pas créer, et nul doute, pour l'honneur de Montesquieu, qu'il n'ignorait pas la distance qui sépare ces deux mots.

Il est inadmissible, continue Laurent, d'accepter que l'ordre politique ou civil demande jamais que les enfants ne succèdent pas aux pères.

(1) Quant à l'objection que la quantum de la réserve dépasse celui du capital nécessaire pour nourrir une personne, elle n'a pas plus de valeur. Ce n'est pas un à peu près, une question de quantité qui peut influer sur la nature d'un principe juridique.

Il faut vouloir à tout prix et malgré toute évidence prouver ce qu'on s'est proposé — pour ne pas voir que les idées de Montesquieu reflètent la vérité historique la plus exacte. — Toute l'histoire du droit successoral est là pour en témoigner. — M. Huc l'a senti et veut bien l'admettre pour un pays dont la famille est organisée sur des bases exclusivement politiques¹.

Or, il est des auteurs qui estiment que la succession moderne repose elle aussi, sur la famille institution de l'État², et cela est exact car si le droit successoral ne reposait pas sur la famille, institution politique, mais sur la famille, institution naturelle, on devrait accorder aux parents et aux enfants naturels simples, adultérins ou incestueux des droits égaux à ceux des parents et enfants légitimes. Jusqu'à une date très récente, le droit successoral était tout rempli de droits divers de primogéniture, d'ainesse ou de masculinité. Jusqu'en 1864 en Roumanie les filles n'avaient encore aucun droit dans la succession de leurs père et mère³.

Si tous ces droits ont disparu, ce n'est pas tant parce qu'ils étaient contre nature que parce que les bases nou-

(1) Huc. *Le C. C. Italien*, I, p. 168.

(2) F. Lassalle, *Théorie systématique des droits acquis*, II, p. 674 s., M. Lassalle pense même que si l'on pousse l'examen jusqu'au fond, nous voyons que sur ce point la Révolution française ressemble moralement à l'antique esprit national des Romains et à son rigoureux jus civile.

(3) Elles avaient droit à être dotées par leurs frères si elles n'avaient pas été dotées par leurs parents (*Code Ipsilante Pentru mostenire*, art. 1) *Code Caradzea*, L. IV. Ch. III, art 17, al. c. Il ne faut pas oublier que ces codes ne régnaient que dans la province de la Valachie. Au contraire, en Moldavie, le *Code de Callimaki* accordait aux filles un droit égal à la succession, art. 916.

velles sur lesquelles s'était assise la famille et l'État ne permettaient plus ces inégalités.

Il est donc exact de dire que si l'ordre social demande souvent que les fils succèdent aux pères, il n'en demande pas toujours ¹.

Alors si ce sont les lois qui font le droit de succession, les lois peuvent aussi le défaire, demande Laurent. Certes nous ne soutenons pas ceci. Et il est évident que Montesquieu n'y a pas pensé davantage. Il a dit que les lois règlent les successions. Nous avons déjà dit que régler et créer sont deux.

Mais il est vrai — dans une certaine mesure, — de dire que les lois font et abolissent les droits successoraux : est-ce que les lois qui ont aboli les privilèges n'ont pas réellement « défait » un droit successoral ?

Une loi, c'est l'expression de la civilisation d'une époque ; selon la civilisation les droits de succession varient et ce sont les lois qui enregistrent ces variations : c'est dans ce sens seulement que les lois font et abolissent le droit successoral. Mais il est vrai aussi que les lois provoquent, par des dispositions nouvelles, un changement dans l'état de l'esprit.

SECTION III

Théorie de la succession de droit naturel

EXPOSITION DU SYSTÈME. — L'ordre de succession est l'ordre de sang, dit Lebrun, l'ordre divin, dit Domat, l'ordre naturel, dit Laurent. — C'est, comme on le voit, la théo-

(1) En ce sens Naco, *op. cit.*, II, p. 20 ; Mazzoni, *op. cit.*, I, p. 41.

rie du droit coutumier ; ce fut dans une mesure que nous préciserons, la théorie de l'ancien droit roumain, et d'après certains auteurs le système de l'ancien droit germanique ¹. « En nous donnant la vie, Dieu nous fait naître dans telle famille plutôt que dans telle autre, nous donne des droits et nous impose des devoirs : un de ces droits et de ces devoirs c'est l'hérédité » ².

Mais comme avec ce système on ne saurait expliquer comment le propriétaire peut néanmoins disposer de ses biens et enfreindre ainsi la volonté suprême de Dieu, on fait appel à une indulgence de la loi : seulement, la loi indulgente, — l'expression est de Bourjon, — laisse à l'homme à sa mort, une espèce d'empire sur ses biens en lui permettant d'intervertir cet ordre ; c'est une exception au principe, mais imparfaite : c'est le legs limité et non la succession ³.

Décidément, en fait d'indulgence, les lois se surpassent. — La loi indulgente intervenait pour renouer les liens rompus dans la doctrine de la succession de droit civil ; c'est toujours la loi indulgente qui intervient dans la doctrine de la succession de droit naturel.

Mais il y a encore cette difficulté, car Laurent ne soutient pas ce système en droit abstrait mais même sous l'empire de la loi positive : le principe de la fente où il ne peut y avoir ni volonté divine ni indulgence de la loi.

(1) Frédéric de Schulte, *Histoire du droit et des institutions de l'Allemagne*, p. 515 ; Eichorn, *Deutschstaats und Rechtsgeschichte*, § 19 ; Walter, *Deutsche Rechtsgeschichte*, § 574.

(2) Laurent, VIII, n. 474.

(3) Laurent, XIV, 478.

Alors, on fait intervenir l'idée du devoir qui domine les affections du défunt.

Ainsi, nous voilà en face de trois principes : droit propre des héritiers découlant de la volonté de Dieu — droit à la division des lignes découlant des considérations d'intérêt général et de l'idée du devoir du défunt — droit du *de cuius* de combattre et la volonté de Dieu et même celle du devoir, grâce à l'indulgence de la loi.

RÉFUTATION. — Ainsi débarrassé de toutes les fleurs de rhétorique dont les auteurs se plaisent à entourer cette volonté divine et ce devoir suprême que la loi permet de contrecarrer, ce système apparait comme une hérésie juridique.

Car il est inadmissible de prétendre en législation, qu'un droit puisse découler non pas de l'idée du droit lui-même, principe immanent et supérieur, appartenant à l'individu et reconnu et réglé par la loi, mais comme octroyé par l'indulgence de la loi. Un système ne peut pas être fondé sur deux principes différents et avec un troisième principe contradictoire. Les auteurs ont trouvé dans les lois que la succession est dévolue aux parents par le sang ; qu'entre certains parents il y a lieu à la faute et qu'enfin le défunt pouvait librement disposer de ses biens et alors pour expliquer ces droits ils ont eu recours à ces divers motifs qu'ils ont ensuite combinés afin de leur donner l'aspect d'un ensemble parfaitement ordonné, mais dont il est bien aisé d'apercevoir le désordre.

Ce qui est regrettable, c'est qu'un savant de la valeur de M. Laurent ait accepté pour bonnes ces erreurs. Et ce qui est non moins étrange c'est que M. Laurent, tout en défen-

dant le thème divin, admet et défend même vigoureusement le droit de tester en établissant une corrélation — que d'ailleurs nous ne contestons pas — entre le droit de propriété et le droit de transmettre ses biens.

« Voulez-vous qu'il y ait une propriété, attachez-y le droit de transmettre les biens par l'hérédité ».

Comment cela se concilie-t-il avec l'idée que le droit de tester est l'effet de l'indulgence de la loi?

D'ailleurs, en dernière analyse, qu'on fasse intervenir ou non l'indulgence de la loi, dès que le défunt peut disposer de ses biens, ceux qui les reçoivent, ne les recevaient pas plus par la volonté de Dieu que par la volonté de la loi, mais par la volonté du défunt.

Mais il y a mieux encore : comment expliquer, puisque c'est la volonté divine et l'idée du devoir qui dominent, que les enfants naturels et les parents naturels n'aient pas des droits égaux aux parents légitimes ?

Est-ce que devant Dieu ou devant la nature, ou devant l'idée du sang, ou devant l'idée du devoir, les parents naturels ne sont pas sur la même ligne que les parents légitimes ? A un autre point de vue, la succession est un rapport du droit des biens et « la matière du droit des biens n'est pas un rapport naturel-moral. Les institutions du droit des biens n'ont pas une double nature ; ce sont de simples, de purs rapports de droits ; aussi leur reconnaissance est-elle chose plus arbitraire, plus positive que la reconnaissance des institutions du droit de la famille (mariage, pouvoir paternel, parenté) *et n'appartient pas au jus naturale* » ⁽¹⁾.

(1) Savigny, *op. cit.*, I. LVI, p. 359. — Il est vrai qu'il existe une base

SECTION IV

Théorie biologique du droit successoral

EXPOSITION DU SYSTÈME. — A côté du système que nous venons de réfuter et qui prétend fonder la succession sur des considérations de sentiment et de devoir, on a proposé un autre système¹ de droit naturel aussi, mais fondé sur les considérations réalistes, sur des lois biologiques.

L'hérédité directe, affirme-t-on, a pour cause la nature même du phénomène de la reproduction de l'individu qui se réduit en dernière analyse en une division suivie d'une reconstitution (p. 18).

La procréation se définirait : un phénomène d'accroissement de l'organisme de la sphère de son individualité, qui se laisse ramener à la séparation d'une partie du corps qui se transforme, en un individu semblable à l'individu reproducteur, d'où il résulte que le produit est la continuation physique du producteur; ce caractère ne lui fait pas perdre son individualité; ainsi, tous les descendants d'un même individu peuvent être considérés comme des démembrements successifs d'un même être (p. 18-28).

L'enfant étant donc la continuation d'un même être, il est tout naturel de lui attribuer la succession, car avec la mort du père, le propriétaire n'est pas mort tout entier,

morale, car le riche ne doit regarder sa richesse que comme dépôt confié à ses soins (?) mais ce point de vue est tout à fait en dehors du droit, (*Ibid.*, p. 360) — Pour les droits de la famille voir l. LIV, p. 335.

(1) Lapouge, *Etude sur la nature et sur l'évolution historique du droit de succession*.

un démembrement de lui subsiste qui continue sa personnalité (p. 29).

Cela paraît nous conduire à la copropriété de famille, observe l'auteur.

Il n'en est rien pourtant, car la famille biologique, formée exclusivement par les liens de sang, est éternellement la même et ne saurait en exclure d'enfants ni y admettre des étrangers, alors que la composition de la famille sociologique varie avec l'évolution et la conception politique et souvent exclut des enfants et admet à son sein des étrangers (p. 30).

Donc, avec la base de l'hérédité biologique, on ne saurait faire de distinction entre les enfants naturels et les enfants légitimes. L'hérédité et l'atavisme sont indépendants de toute convention sociale (p. 32). Qu'ils soient naturels ou légitimes, les enfants doivent hériter des biens et des dettes, comme ils héritent également des vertus et des vices (p. 32).

RÉFUTATION. — La théorie est vraiment séduisante, et dans l'état de la science moderne, bien préférable à la théorie du droit divin, qui fut celle du droit coutumier.

Mais à condition de s'en tenir seulement aux enfants, et surtout d'être bien décidé à abolir tout ce qui dans le Code n'est pas conforme à ce principe.

Or, le malheur est que l'on veut appliquer ce principe à la loi positive et le plier aux exigences actuelles.

Comment expliquer que les collatéraux succèdent ! On se rend compte alors que cette théorie de la continuité biologique n'est pas suffisante : et on recourt à une autre idée pour expliquer leur droit : il se déduit de l'idée que

la famille est une grande collection d'individus, unis par des liens de plus en plus faibles mais effectifs d'une déviation d'une souche commune (p. 38).

Ce qui est encore bizarre en biologie, c'est que si l'on voulait, pour attribuer la succession, s'adresser aux calculs de l'arbre généalogique du sang héritable, c'est — le croirait-on — le père qui devait être préféré à l'enfant et le fils viendrait en concours avec le neveu ⁽¹⁾.

Pour expliquer la représentation, on s'adresse à cette sorte de copropriété qu'on reconnaît (?) au fils sur les biens de ses parents (p. 35).

Puisqu'on lui reconnaît un droit de copropriété, à quoi bon recourir encore à des lois biologiques et ne pas nous en tenir tout simplement à cette copropriété ?

Pour justifier la succession des ascendants, on s'attache, en *le prenant à l'envers*, au principe d'identité partielle et à la continuité biologique.

En terminant, remarquons que ce prétendu système n'est autre chose qu'un amas de principes différents, dont on se sert pour expliquer les dispositions de la loi positive, et que, appliqué rigoureusement dans ses principes fondamentaux, il mènerait à des conséquences impossibles.

SECTION V

Théorie de l'affection présumée du défunt

EXPOSITION DU SYSTÈME. — De toutes les doctrines, c'est la plus récente et pourtant celle qui compte peut-être les

(1) Cela a bien existé à une époque très lointaine, où l'on ignorait totalement la théorie biologique. — Viollet, *op. cit.*, p. 820-823.

plus grands et les plus nombreux partisans. Proposée par Grotius¹, atténuée et développée par Pufendorf² elle est défendue par Stuart Mill³, Glasson⁴, et la plupart des auteurs modernes l'acceptent, du moins en théorie, sinon sous l'empire de la loi positive.

Prenant le contrepied de la doctrine de la succession légale ou de la succession divine, foncièrement contraire à la doctrine de la copropriété de famille, elle fait reposer le droit successoral uniquement sur la volonté du défunt découlant de son droit absolu de propriété⁵.

En effet, dit-on, toute transmission de propriété dépend de la volonté de son propriétaire et la succession *ab intestat* étant une transmission de propriété, ne peut dépendre que de la volonté du propriétaire.

Si dans l'opération de la transmission successorale, cette volonté ne nous apparaît pas au premier plan, ce n'est pas qu'elle n'existe pas, mais qu'elle est tacite et présumée par la loi⁶.

Comme la loi ne saurait prévoir que des hypothèses générales, elle suppose à l'individu une volonté conforme

(1) Grotius, *De jure belli et pacis*, L. II, ch. 7, n° 3.

(2) Pufendorf, *Droit de la nature* II, p. 344.

(3) Stuart Mill. *Principles of political economy*, L. II, ch. II, p. 139. Cet auteur admet la liberté complète de tester, mais non pas d'acquérir par successions (pour legs) au delà d'un certain maximum et voudrait abolir le droit de succession *ab intestat* des collatéraux. — Au contraire M. Rodière voudrait l'étendre aux alliés. (V. *supr*¹, p. 50, n. 1, *in fine*).

(4) Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*.

(5) Conséquence de l'idée individualiste à outrance, elle semble bien être une de celles qui sont appelées à avoir la moins longue durée, selon M. Saleilles à son cours.

(6) Axiome courant — mais faux — chez tous les commentateurs du C. C. Français, dit M. Saleilles à son cours.

à la nature des choses et comme la nature des choses veut que l'homme ait de l'affection et des devoirs envers ses proches, la loi dévolue la succession à ceux-ci.

Cette doctrine est appliquée en droit positif, dans la plupart des législations modernes. Elle est insuffisante en droit français à cause de la fente¹.

Elle s'accorde avec le droit roumain², italien³, portugais⁴ et la plupart des législations modernes. Ce fut le droit romain des Novelles⁵.

OBSERVATION. — Cette doctrine contient certainement la plus grande part de vérité : la volonté de l'homme est sans nul doute, le fondement de la transmission successorale.

La preuve irréfutable qu'il en est ainsi, c'est qu'il ne dépendait que de lui d'empêcher cette transmission. Il

(1) Planiol III, n° 1700. — Baudry et Vahl, *op. cit.*, I, n° 303. Huc, V, p. 22. — Néanmoins il paraît résulter des travaux préparatoires, que l'on avait compté avec la volonté présumée du défunt. Portalis. *Discours préliminaire* n° 92-94 (Loché, I, p. 181, et Discours au Conseil d'État, Loché, X, p. 77). Freilhard. Exposé des motifs n° 2 (Loché, V, p. 90 et X, p. 184).

(2) Naco, *op. cit.*, II, p. 20. — Petresco, *op. cit.*, I, p. 20 admet le système que les successions sont de droit naturel, ce qui ne l'empêche pas de voir dans la succession un mode d'acquérir par la loi.

(3) Huc Le C. C. *Italien* I, 169 et 179 : « Mais c'est surtout dans la détermination des divers ordres de succession qu'ils les auteurs du code Italien) se sont efforcés de bien pénétrer cette volonté (présumée du défunt) et nous pouvons dire qu'ils y ont admirablement réussi. Ainsi ils ont doté leur pays d'une loi sur les successions la plus parfaite qui existe. — Mazzoni, *op. cit.*, I, p. 41 : Le fondement de la loi pour décider est : l'affection présumée du défunt basée sur la parenté, le lien conjugal, la cité, sans toutefois la suivre servilement mais la mettant d'accord avec les intérêts de la société civile.

(4) Coelho da Rocha. *Instituições de direito portuguez* I, p. 228.

(5) La nouvelle 118 de Justinien organise la succession, qu'elle fait reposer sur le droit de propriété, sur trois principes : liberté absolue de tester ; préférence de la succession testamentaire sur la succession légitime ; fondement de cette dernière, dans la volonté présumée du défunt.

avait un choix entre deux moyens : testament écrit ou testament tacite. S'il n'a pas fait le premier c'est qu'il a préféré le dernier.

On a porté contre le système de Grotius le grave reproche d'être « faux historiquement ». En effet, dit-on, « le droit successoral *ab intestat* est le fait primitif historiquement antérieur au droit dérivé d'un testament, et il est indépendant de la volonté même latente du *de cujus* ; il est inhérent à la personne de l'héritier¹. »

C'est commettre un véritable contresens historique que de vouloir donner à la succession moderne le même fondement qu'elle avait dans les débuts du droit.

On oublie que l'organisation de la propriété a changé ; que la communauté familiale n'existe plus ; que la propriété est individuelle et personne ne saurait avoir de droit inhérent à recevoir par succession les biens d'une autre².

Mais ce n'est pas de ces objections, dont on ne saurait contester la valeur, que nous pensons nous occuper, mais de la suivante : c'est que s'il est vrai que le fondement de la transmission successorale est la volonté du défunt, ce fondement n'explique guère qu'un côté de l'opération. La volonté du défunt de transmettre la succession est le fondement du droit successoral tout comme le fondement du droit du donataire est la volonté du donateur de transmettre les biens donnés, tout comme le fondement du contrat de vente est la volonté du vendeur

(1) Viollot, *Histoire du droit civil Français*, p. 817.

(2) Nous y reviendrons en étudiant la doctrine de la copropriété comme fondement du droit successoral.

de vendre son bien. Cela est excessivement juste, mais cela n'est que le premier pas qui nous achemine vers la solution définitive de la question de la nature juridique de la succession « quod adhuc sub iudice lis est. »

SECTION VI

Théorie de la copropriété de famille

EXPOSITION DU SYSTÈME. — Dans cette doctrine, le droit de succession est indépendant de la volonté du *de cuius* car il est inhérent à la personne de l'héritier ; il est le prolongement, l'émanation de la communauté familiale¹, en vertu de laquelle le père ne pouvait même pas disposer de son vivant, des biens communs.

Et pour soutenir cette doctrine on argumente de ce fait d'ailleurs contesté² que l'ancien droit allemand fondait la succession *ab intestat* sur la communauté de famille³, et que le droit *ab intestat* serait le fait historique antérieur du testament.

Et pour préciser, on verrait l'origine du droit successoral, dès le début de la période de séparation de la communauté de famille, de la communauté de la tribu. Ainsi la coutume Burgonde donnait au fils, du vivant du père, le droit de faire partager les biens communs régis

(1) Viollet, *op. cit.*, p. 817.

(2) Barth *Deutschlands Urgeschichte* IV, 184, Grimm *Deutsche Rechts alterthümer* p. 482 et les auteurs cités, *suprà*, p. 55, n. 1.

(3) Baumstarck *Urdeutsche staatsalterthümer*, p. 304 ; Roescher *Natur Oekonomie* II, § 88.

par celui-ci¹ et le réduire à une quote-part²; les biens du père sont donc les biens de tous. Ce droit de liquidation disparut bientôt, mais le droit de copropriété des enfants ne se manifesta pas moins énergiquement par l'intervention de ceux-ci dans les aliénations et par l'intensité de leurs droits successoraux³.

Au point de vue du droit commun allemand, l'héritier naissait pour l'héritage⁴, et lorsqu'il héritait il n'héritait point uniquement pour lui, mais pour la famille⁵.

Sur cette idée de la copropriété de famille s'en greffa une autre, au cours de l'évolution du droit, à savoir : le fait de la cohabitation. Ainsi, au moyen âge, les forsfamilie, qui n'habitaient plus en commun le domaine à partager, n'avaient aucun droit à la succession de leurs parents⁶.

Le droit de succession, concluent ces auteurs, se rattache donc historiquement à la copropriété de famille et non pas à l'affection présumée du défunt.

RÉFUTATION. — Nous n'avons pas l'intention de con-

(1) Viollet, *op. cit.*, p. 818-819. Ces partages forcés sont admis de nos jours en Monténégro, malgré l'art. 47 de la loi Danillo de 1855. Bogisic *De la forme dite Inokosna de la famille rurale chez les Serbes et les Croates*, p. 28, cité par Viollet, p. 819 en note 2.

(2) Viollet, *op. cit.*, p. 561 ; Glasson, *op. cit.*, III, 144. Cet ancien système de succession est commun à la plupart des peuples de race indo-européenne. — Schulte, *op. cit.*, p. 528 ; Siegel *Das Deutsche Erbrecht nach den Rechtsquellen des Mittelalters* p. 89.

(3) Viollet, *op. cit.*, p. 819.

(4) Siegel, *op. cit.*, p. 89.

(5) Siegel, *op. cit.*, p. 70. — Il en était de même dans l'ancien droit hongrois, qui tout comme l'ancien droit allemand, ignorait le testament. — (Akos v. Timon *Ungarische Verfassungs und Rechtsgeschichte*, p. 338.)

(6) Viollet, *op. cit.*, p. 819.

tester que la succession *ab intestat* avait précédé l'institution du testament chez les Germains. Nous ne contestons pas non plus que la copropriété familiale et la communauté d'habitation aient été à l'origine le fondement du droit successoral, bien que certains auteurs, nous l'avons déjà vu, le contestent.

Nous ne pensons même pas contester que le droit de succession ait été un droit inhérent à l'héritier, mais ce que nous ne saurions assez contester, c'est l'intention de faire du double fondement de l'ancienne succession germanique le fondement du droit successoral moderne.

Car l'accepter c'est commettre un contresens historique, c'est méconnaître d'une façon incompréhensible les changements survenus depuis, dans la constitution de la famille, dans la constitution de la propriété et dans la constitution de la succession.

Que l'on veuille interpréter nos institutions modernes par l'histoire, rien de plus juste. — Mais sur des bases désuètes asseoir une institution transformée, c'est considérer une seule époque et un seul côté de l'histoire. Si, atome perdu dans cet infiniment petit dont parle quelque part Pascal, nous considérons l'évolution que fit notre civilisation depuis les Romains seulement, combien de spectacles inattendus et surprenants dans toutes les directions!

Mais si, dans la plupart des sciences, la courbe évolutive progressa toujours, en matière juridique très souvent elle s'immobilisa, si elle ne regressa pas; parfois il est intervenu de changements si inattendus et si extraordinaires, que mieux que partout ailleurs, nous pouvons nous rendre compte des progrès réalisés.

Quel chemin parcouru depuis la *patria potestas*, depuis la *manus*, depuis les *heres suus* et *necessarius*?

Qui reconnaîtrait dans l'émancipation moderne, institution créée uniquement dans le but d'avantager le mineur, l'antique émancipation romaine créée pour punir l'enfant?

Qui reconnaîtrait dans l'héritier moderne, libre d'accepter ou de répudier, l'antique *heres suus* et *necessarius*?

Veut-on dire que l'émancipation trouve son origine dans l'émancipation antique? Soit. Mais peut-on dire que l'émancipation moderne a le même fondement que l'émancipation antique?

Que l'institution de l'héritier moderne dérive de l'institution ancienne de l'héritier. Soit encore. Mais peut-on dire que le fondement du droit de l'héritier moderne est le même que celui de l'héritier antique?

Si la copropriété de famille et la communauté d'habitation eurent à l'origine pour effet d'attribuer un droit inhérent à l'héritier, pour que cet effet subsiste en droit moderne, il faut que nous y retrouvions encore les mêmes causes.

Or, l'une et l'autre ont bel et bien disparu de la civilisation moderne.

Qu'à une époque où les enfants vivaient en commun avec leurs parents; où ceux-ci avaient sur ceux-là un pouvoir absolu, on ait pu concevoir que les biens possédés par le père ne lui appartenaient pas en propre : rien de plus naturel. Rien de plus naturel que le droit successoral soit moins un droit successoral qu'une sortie d'indivision d'un bien dont on avait déjà la propriété; moins un mode d'acquérir la propriété qu'une entrée en possession, moins

un droit nouveau que l'exercice d'un droit ancien, ce que Tacite exposait : *Hæredes tamen successorum sui cuique liberi : et nullum testamentum. Si liberi non sunt proximus gradus in possessione*¹...

Autres causes, autres effets.

Copropriété de famille ?

Le Code civil fait une part des biens du père, une autre de ceux de la mère et une troisième de ceux de l'enfant. — Le père n'est qu'un administrateur. Il en a parfois la jouissance, mais il peut la perdre. — Plus de droit de liquidation aux enfants; plus d'obligation de leur demander le consentement pour l'aliénation.

Communauté de vie ?

Les nécessités de la vie moderne veulent que souvent le mari travaille continuellement chez un autre, qu'il y ait même son domicile; que la femme travaille ailleurs et y a son domicile; et les enfants de même².

Interdiction de tester ?

Le propriétaire est libre de disposer de tous ses biens en Angleterre³; il peut disposer de la plupart de ses biens dans les autres pays.

A la copropriété de famille, la société moderne oppose

(1) Tacite *Germania* ch. 20, 32. — M. Saleilles pense qu'à l'origine on n'avait qu'un droit de possession sur la terre; on pourrait alors interpréter tout autrement les paroles de Tacite.

(2) Autrefois en dehors d'une petite élite sociale, tout le reste du peuple vivait constitué sur le type de la famille rurale et agricole, qui restait stable, concentrée, immobilisée, sur le sol qu'elle occupait. — Aujourd'hui c'est le règne de la famille industrielle et dispersée. Même dans les campagnes par le fait de la désertion de la terre, l'ancienne famille s'est disloquée et désagrégée. (M. Saleilles à son cours de législation civile comparée.)

(3) A. Pavet. *Le droit anglais codifié*, p. 50; Weiss, *op. cit.*, p. 685.

fièrement sa propriété individuelle; à la communauté de vie, les progrès des communications modernes, opposent la vie indépendante des parents et des enfants — des jeunes filles même — fait-on des progrès!; à l'interdiction de tester le droit moderne oppose une grande liberté.

Et néanmoins, il ne faudrait pas voir dans la succession moderne la volonté présumée du défunt, mais l'antique droit de l'héritier sur les biens transmis¹? Que l'origine de la transmission successorale soit dans la copropriété, soit; mais que son fondement soit toujours la copropriété, cela est absolument inadmissible.

Aussi longtemps qu'une personne a le droit d'exclure une autre de la succession de ses biens, lorsque celle-ci reçoit ces biens, elle ne les reçoit que par la volonté du défunt, mais non pas en vertu d'un droit qui lui soit inhérent.

Car non seulement, depuis l'époque où le testament était ignoré ou n'était pas permis, jusqu'à nos jours, il s'est produit des transformations considérables dans ce qui constituaient les fondements et la raison d'être du droit successoral, mais ce droit lui-même a considérablement diminué de force.

En effet, le régime successoral des anciens germains,

(1) On ne dit plus de nos jours que les biens sont la copropriété de la famille, mais on dit que moralement et socialement ils doivent être consacrés à l'entretien de la famille et profiter aux parents du défunt plutôt qu'à des étrangers. Mais ce sentiment moral du devoir cesse aujourd'hui d'être considéré comme devant s'incarner dans un droit proprement dit et a passé du domaine du droit dans celui de la morale pure, des devoirs moraux qu'elle consacre et sanctionne seule, la loi y étant indifférente. (M. Saleilles à son cours).

assis sur le double fondement que nous connaissons, entraînait une triple conséquence qui était comme la sanction nécessaire du système : défense de tester, droit de liquidation des héritiers du vivant du *de cujus* et droit de s'opposer aux aliénations consenties par ce dernier.

Or, comment concilier notre droit moderne, qui autorise le testament et qui ne permet pas aux enfants de s'opposer aux aliénations et encore moins de procéder à la liquidation, avec l'antique fondement du droit successoral ?

SECTION VII

Théorie utilitaire et politique du droit successoral

EXPOSITION DU SYSTÈME. — Dans cette doctrine, qui est celle des économistes conservateurs, on défend le droit successoral comme constituant un stimulant nécessaire au travail et à l'épargne. — Sans testament et sans succession *ab intestat*, le propriétaire gaspillera sa fortune lorsque l'heure approchera de quitter le monde où il aura vécu, travaillé, épargné, si toutefois il a travaillé et épargné.

Mais comment le législateur s'y prendra-t-il pour régler la dévolution héréditaire ? A cela les économistes répondent qu'on doit avoir égard à une bonne exploitation des biens et partant on transmettra les biens à ceux qui sont plus capables de les faire prospérer.

On ne s'occupe donc pas de l'individu et des conséquences que peut avoir pour lui la dévolution successorale mais du bien social.

A cette doctrine est étroitement liée la doctrine politique du droit successoral. — On estime que le régime succes-

soral est étroitement relié à l'ordre politique et qu'il sera donc réglé conformément à l'organisation de l'État.

Voudra-t-on un gouvernement aristocratique : le droit d'aînesse le favorisera et le soutiendra. Il en est ainsi en Angleterre.

Voudra-t-on un gouvernement démocratique : l'égalité des partages en sera la condition qui favorisera son éclosion. Il en est ainsi en France.

Accumulation des richesses : gouvernement aristocratique ; grande industrie.

Morcellement des richesses : gouvernement démocratique ; petite industrie.

OBSERVATION. — Il est incontestable que l'organisation du système successoral influe sur l'évolution économique et sur le développement des idées politiques d'un pays. — Si, donc, l'on entend justifier dans un pays déterminé, un système successoral déterminé, nous n'avons rien à objecter ; mais s'il s'agit de considérer la loi de succession en elle-même, indépendamment de toute conséquence économique ou politique, nous changeons complètement d'avis : une loi successorale ne peut ni ne doit avoir d'autre fondement que celui de la volonté du défunt, et réellement elle n'a plus en droit moderne de fondement politique. — « Il est inexact, en effet, — écrit un éminent maître — de dire, que dans le droit moderne, qui s'affranchit de plus en plus de l'influence des idées féodales, toute loi successorale soit par elle-même, une loi politique. — Autrement, on ne s'expliquerait pas qu'il soit permis au *de cuius* d'en écarter la plupart du temps, l'application, par un acte de sa seule volonté, par un testament. — Ce

qui est vrai, c'est que dans les lois relatives au régime successoral, il peut se trouver certaines règles, certaines prescriptions, qui sont liées à l'intérêt général et qui s'imposent au respect et à l'observation de tous⁽¹⁾.

Les arguments sur lesquels on se fonde pour donner à la dévolution successorale une tendance économique ou politique sont multiples. — Leurs applications pratiques sont aussi nombreuses. — Les étudier ici, ne serait en donner qu'un aperçu trop faible ou allonger inutilement notre travail. — Nous les étudierons donc successivement à leur place respective : droit d'ainesse, dévolution de la succession aux jeunes, exclusion des filles. Homestead, Anerbenrecht, égalité des partages, etc.

SECTION VIII

Théorie socialiste du droit successoral

Il ne s'agit plus ici de fournir des arguments pour conserver ou pour diriger dans un sens ou dans un autre le droit successoral, mais tout simplement pour le supprimer. — Si les conservateurs pensent que l'hérédité est nécessairement liée à l'épargne et au travail, les socialistes pensent que les inégalités qui en résultent ne le justifient point.

Et on ne s'est pas borné à l'attaquer sur le terrain économique ; on est venu lutter sur le terrain juridique. — Si nous n'avons pas à nous occuper des arguments économiques, au contraire, nous devons nous occuper longuement des arguments juridiques, puisque l'existence même

(1) Weiss. *Manuel de Droit international privé*, p. 680.

de la succession est menacée. — C'est Lassalle qui s'en est chargé¹ et pour y arriver il étudie très longuement la succession romaine et ensuite dans quelques mots il fait une rapide esquisse du droit successoral allemand et un peu du droit français pour, après, tirer la conclusion. — Force nous est de suivre cette méthode qui ne manque pas de défaut et surtout de plan. — Nous en donnons un résumé en nous servant autant que possible des termes même de Lassalle.

La succession, chez les Romains, dit l'auteur, apparaît comme la volonté générale du peuple, comprise, présumée et valable en tant que volonté d'un individu déterminé (II, p. 21).

L'idée concrète en est : la volonté générale présumée logiquement et nécessairement comme la volonté individuelle de l'individu, qui ne s'est pas particularisée (II, p. 436).

Et si l'on en veut saisir la conception d'ensemble, c'est : une identité expressément voulue de ces deux éléments : la volonté générale et la volonté individuelle, c'est une unité (II, p. 454).

M. Lassalle pense que le droit successoral romain n'a aucun rapport avec le patrimoine, auquel il touche seulement par opposition : l'héritier romain n'hérite pas du patrimoine mais de la volonté du *de cujus* (II, p. 6). Alors

(1) *Traité systématique des droits acquis*, 2 vol. — La théorie socialiste tend plutôt à restreindre qu'à abolir le droit successoral. — Il s'agirait de remplacer le droit de la famille par le droit de la communauté; le droit individuel par le droit général : donner à la succession un fondement social. Mais on s'aperçoit aisément qu'au point de vue juridique c'est supprimer totalement la succession. V. *suprà*, p. 35, n. 3.

que généralement, on pense que l'institution du droit successoral romain a été inventée à cause du patrimoine et du paiement des créanciers, Lassalle suppose que les juristes romains ont entendu au contraire transmettre la personne. — Une personne revêt la peau d'une autre : voilà la succession romaine ; et comme elle devient ainsi cette autre personne, il est tout naturel que le patrimoine lui soit acquis (II, p. 15).

C'est le principe philosophique de l'immortalité de l'âme qui est la source du testament romain (II, p. 20). C'est le besoin de la continuation des sacra¹, de quelqu'un qui perpétue, qui immortalise la volonté du défunt (II, p. 28).

Mais pour hériter, il ne suffit pas de la volonté du *de cuius* ; il faut encore la volonté de l'héritier. Or, entre les personnes qui composent la famille, règne une identité substantielle de volonté, en vertu de laquelle le droit considère l'acte volontaire valable d'un seul membre de la famille, comme l'acte volontaire de tous les autres membres. Ainsi, à l'ouverture d'un héritage, l'acquisition est le résultat d'un acte volontaire du testateur qui, en vertu de l'identité qui domine tout le droit familial, apparaît comme l'acte propre de l'héritier même (I, p. 98-99). Et cela parce qu'il ne saurait y avoir de chose acquise par un fait ou par la seule volonté d'un tiers ; on ne saurait acquérir, donc hériter, que par sa propre volonté (I, p. 1).

Mais à la suite de cette identité, le défunt n'a plus besoin d'indiquer lui-même ce continuateur ; celui-ci

(1) *Id.* Percerou, *loc. cit.*, p. 539.

existe *antérieurement* à tout acte : le défunt possède déjà des héritiers immédiats, dans les personnes qui sont soumises à sa puissance.

Si le *de cuius* meurt sans laisser de testament, ces personnes soumises à sa puissance doivent être ses premiers héritiers *ab intestat*, non pas parce que la loi les fait tels, mais parce qu'elles sont ces identités de volonté immédiate, la continuation réelle de la volonté subjective du *de cuius* (I, 238). (V. Gaius, Comm., III, 1 ; Ulpien, XXVI, § 1 ; Paul R. s. 8, § 3).

La loi de succession *ab intestat* fait très nettement ressortir ce rapport, en ce qu'elle ne transfère pas à ces héritiers eux-mêmes la succession *ab intestat* ; mais la transfère au contraire à d'autres catégories pour le cas seulement où il n'y aurait pas d'héritiers de cette espèce : *Si intestatus morietur, cui suus Heres nec sit, agnatus proximus familiam habeto*. La loi des XII Tables indique ainsi très clairement que ce n'est pas en tant que loi, qu'elle donne la succession au *suius heres*, mais qu'elle se sent obligée de reconnaître dans le *suius* ce continuateur naturel immédiat de la propre volonté du *de cuius* (II, p. 239).

Mais comment expliquer l'institution des agnats, comme héritiers ?

Est-ce la loi qui statue ou la volonté du défunt ?

Lorsque l'individu n'a pas exprimé de volonté subjective particulière, sa volonté ne peut avoir été d'autre nature que la nature générale de la volonté. En termes plus précis : la volonté qui ne se particularise pas est la volonté générale (II, p. 419). C'est pourquoi l'idée concrète de la succession peut s'énoncer en une volonté générale du

peuple comprise, présumée et valable en tant que volonté de cet individu déterminée. Ce serait donc une erreur que de penser que le droit successoral romain est un véritable droit familial ¹ (II, p. 426), d'où la conclusion que la succession légale est la règle et qu'on avait permis à l'individu d'y déroger par un acte de volonté arbitraire (II, p. 427, car cette idée se trouve en contradiction avec les textes qui font du droit *intestat* un droit subsidiaire du droit testamentaire (Ulpien L., 39 de acq. her., 29, 2).

C'est sous le droit prétorien que le droit héréditaire devient vraiment un droit de famille, en acceptant la *successio in graduum*, et en fondant le droit héréditaire non pas sur l'ordo (II, p. 436) mais sur les liens du sang (II, p. 477).

Mais y a-t-il des rapports entre le droit germanique et le concept romain et jusqu'à quel point et comment, ce droit successoral germanique représente un droit acquis ² (II, 641) ?

Cette question se lie à cette autre : pourquoi d'après le droit germanique l'héritier acquiert-il *ipso jure*, par la mort de *de cujus*, alors qu'à Rome il n'acquerrait que par l'addition ?

(1) Cette erreur vient de ce que le mot *familia* a un sens corrompu dans le langage moderne. *Agnatus proximus familiam habeto* (Loi XII Tables) cela veut dire que l'agnat doit entrer en possession de la familia et non pas que c'est la familia qui hérite, au contraire c'est l'agnat qui hérite, la famille c'est ce qu'on hérite (Lassalle, *op cit.* II. s. 38). V. *suprà*, p. 57 et n. 1.

(2) En droit romain la succession s'acquiert par la volonté de l'héritier : addition de l'hérédité chez l'extraneus ; délation définitive de la succession chez le *suus*. (II, 640) Il n'acquiert ce droit ni par une tierce personne, ni par le simple fait de la mort d'autrui, ni par la loi. — Il n'y aura donc droit acquis que depuis l'acte de volonté de l'héritier.

Il paraît que la maxime « le mort saisit le vif son hoir le plus proche », contredit toute conception, que même d'après le droit germanique, le droit de succession repose sur l'acte propre et individuel de la volonté de l'héritier (II, 644).

Dans la succession *ab intestat* nous raisonnons ainsi : l'idée fondamentale du droit successoral germanique est que la transmission de la propriété se fait *eo ipso* par la mort du *de cuius*. La maxime « le mort saisit le vif », trouve son explication en ce que l'héritier n'acquiert pas de droit nouveau mais que c'est la réalisation actuelle d'un droit de propriété qui existe en soi¹ et dont l'héritier a fait acquisition dans un temps antérieur (II, 653).

Mais il est tout à fait évident que par suite de l'identité de volonté entre le père et le fils, la propriété est acquise au fils par la volonté du père de le procréer. Seulement cet acte de volonté de l'héritier ne se fait pas au moment de l'ouverture de la succession, il remonte à la naissance (II, 654).

Il y a entre la succession *ab intestat* romaine et la succession germanique des différences considérables : la première est fondée uniquement sur la volonté présumée du défunt, la seconde exclut le testament, donc exclut toute volonté présumée (II, 645).

Le droit germanique est un véritable droit familial (II, 646) ; il n'est pas accordé par le *de cuius* ; l'héritier a le droit du vivant même du *de cuius* ; et ce n'est pas un continuateur de la personne du défunt ; il a un droit au patrimoine, un droit de revendiquer dans la fortune col-

(1) Id. Perceyrou, *op. cit.*, p. 552.

lective la part que lui a valu son entrée dans la famille (II, 647).

Ainsi, alors qu'en droit romain, l'héritier est tenu ultra-vires des dettes successorales, il ne l'est jamais en droit germain (II, 648), où il ne paie les dettes qu'autant que les biens meubles lui en fournissent les moyens (II, 651).

Ainsi ne peuvent tester que ceux qui n'ont pas d'héritiers légitimes et ceux qui en ont, ne le peuvent qu'en faveur de ceux-ci seulement.

Ainsi on ne peut disposer ni entre vifs des biens qui forment la succession. Mais comment expliquer cette maxime : « le mort saisit le vif son hoir le plus proche » en droit testamentaire ?

Lorsque les Germains connurent le testament romain qui bouleversait leurs idées, ils le conçurent comme une donation entre-vifs irrévocable, qui dépouillait le donateur de la nue propriété et ne lui laissait que l'usufruit (II, 659-660). Ils conçurent donc le testament comme une disposition de fortune.

Mais il faut bien avouer que cette erreur juridique, cette identification inexacte du testament et de la donation est logique au plus haut degré, une fois commise l'erreur conceptuelle (II, 660).

Du moment que le droit germain ne se fondait pas sur la continuation de volonté, une fois cette volonté disparue, il ne pouvait lui attribuer un acte quelconque ou de l'efficacité ; postérieurement à sa cessation il est impossible de lui faire obtenir le *vinculum juris* (II, 661).

Il fallut du temps pour que la rectification se fit et que

l'on conçut le testament comme un acte révocable (II, 662).

Mais l'erreur conceptuelle ne subsista pas moins et l'on continua de considérer le testament comme une assignation sur la fortune. Cette rectification a fait entrer l'erreur dans sa seconde phase, plus substantielle que la première. En effet, privé du fondement organique de la perpétuation de la personnalité volontaire, il se trouve transporté d'une façon purement extérieure et totalement inintelligible dans un monde moral (le droit successoral *ab intestat*, l'hérédité considérée comme droit personnel dévolu à tout membre de la famille sur la fortune commune) et sur un terrain juridique (acte relatif à la fortune) avec lesquels il se trouve de toutes parts en conflit et en contradiction ; avec lesquels il est même entièrement incompatible (II, 663).

Soumise à l'influence prépondérante de l'idée nationale propre qu'on ne voit dans toute hérédité que l'hérédité *ab intestat* et que le droit personnel de l'héritier, on attacha au testament la maxime le « mort saisit le vif » (II, 664).

Le droit testamentaire moderne n'est ainsi, après tout, qu'un immense malentendu, une impossibilité théorique complète (II, 666).

Puisqu'en droit germanique il est une attribution de patrimoine, comment concevoir que la volonté dispose encore après sa disparition ?

Le testament n'est pas une institution de droit positif, mais un aspect nécessaire dans l'évolution historique de l'esprit. La disparition de l'esprit romain a dépouillé le testament de tout sens (II, 671).

Donc, les lois de la convention des 7-10 mars 1793, qui abolirent le testament en ligne directe, étaient non seule-

ment possibles mais nécessaires (II, 672). L'erreur capitale des modernes qui ont voulu donner le testament comme un vrai droit naturel, a trouvé une réfutation complète dans ces développements vrais, de l'idée et de l'histoire du testament, qui ne lui sera plus possible dorénavant d'exister scientifiquement (II, 666).

Pourquoi considérer le droit de tester comme un droit naturel, alors que nulle part et jamais, il ne se rencontre ni dans le droit romain ni dans le droit germanique. — Les juristes font ainsi un droit naturel, d'un droit que par leur savant malentendu ils ont fait naître : la capacité dévolue par eux à la volonté disparue de disposer encore de sa fortune (V, 670). Cette argumentation s'applique exclusivement au droit testamentaire et ne touche en rien au droit *ab intestat*, car tout le monde admet qu'il forme chez nous le droit le plus substantiel. (II. 669).

Sur quel principe repose la succession *ab intestat* ?

Puisque le propriétaire peut tout aliéner ou donner à titre onéreux, cette succession ne peut être fondée sur un droit personnel des héritiers *ab intestat* à la fortune ; ce droit serait, en effet, un droit existant virtuellement du vivant même du *de cuius*.

Comme, d'autre part, le *de cuius* ne peut tester, elle ne saurait pas davantage être appuyée sur une volonté présumée du défunt. Il est donc clair qu'elle repose uniquement sur la volonté générale de l'État, laquelle règle la succession. Elle repose sur la famille, puisqu'elle n'appelle à hériter que cette famille ; mais ce n'est plus la famille considérée comme héritant en vertu d'un droit propre, ni la famille appelée par la volonté présumée du

défunt : elle repose sur la famille, institution de l'État. (c'est pour ces raisons que l'État dans l'intérêt de la famille, peut restreindre et restreint effectivement le propriétaire dans sa capacité de faire des donations). Si nous poussons notre examen jusqu'au fond nous voyons que sur ce point, la Révolution française ressemble moralement à l'antique esprit national des Romains, et à son rigoureux *jus civile*. Mais il ne faudrait pas négliger la différence et le contraste. — Chez les Romains, la volonté générale de l'État n'avait de valeur qu'en tant qu'elle représentait la volonté présumée de l'individu, dans le droit français, au contraire, le rapport individuel de la famille vaut uniquement comme institution d'État ; dans ce dernier cas, la volonté générale est donc, dans un sens beaucoup plus profond et de principe le fondement moral de l'hérédité.

Tout droit successoral qui, à l'exemple de la Convention, supprime d'une part, la liberté de tester sans admettre, d'autre part, chez les héritiers *ab intestat*, un droit au patrimoine existant virtuellement du vivant du *de cujus*, repose forcément sur le même principe.

Mais dans la plupart des législations successorales modernes, nous ne voyons se réaliser que la seconde condition et la liberté de tester existe en deçà d'une certaine limite quantitative (quotité disponible). Cependant jusqu'au point où cette quotité disponible et par conséquent la liberté de tester entre en vigueur, nous pouvons bien dire que le caractère du droit successoral sera bien celui que nous venons d'établir. — (Pour la partie du moins dont l'individu ne peut disposer par testament, le droit

ab intestat ne saurait passer pour la volonté individuelle présumée.)

OBSERVATION. — Ainsi on s'explique, la façon dont Lassalle veut arriver à supprimer du même coup et le droit *ab intestat* et le droit testamentaire.

En effet, dit-il, celui-ci ne peut plus exister scientifiquement puisqu'il est un mode de transmettre et d'acquérir la propriété ; que son but principal est de constituer une disposition de biens et non pas d'instituer un continuateur de notre volonté qui n'acquiert par conséquent que notre patrimoine, nous ne saurions reconnaître qu'un mort puisse décider, une fois mort. — Or, le testament est un acte essentiellement révocable ; la volonté ne doit former de lien de droit qu'après la mort seulement, c'est-à-dire à un moment où le testateur ne peut plus disposer.

Supposons donc supprimé le droit testamentaire.

Allons-nous maintenir au moins la succession *ab intestat* ?

Non, — puisqu'elle sera sans fondement, le jour où le droit de tester aura été aboli : La volonté présumée du défunt ne peut constituer un fondement qu'autant qu'une volonté manifestée est admise : en supprimant le testament, la volonté individuelle ne peut plus se manifester.

Le droit de l'héritier à sa succession ne peut constituer non plus un fondement car la copropriété n'existe plus et si on l'admet, nous devons en faire un droit existant virtuellement du vivant du *de cuius*.

La volonté arbitraire de la loi sera son unique fondement possible — il l'est déjà aujourd'hui pour la réserve. — Or, ce que la loi fait la loi peut défaire, et

puisque la loi leur a donné ce droit, libre à elle de le leur retirer.

REFUTATION. — Lassalle élève donc deux griefs contre le testament moderne.

1^o Il est un acte de disposition de biens qui, comme tel, ne peut être efficace que lorsque celui qui dispose est vivant. Or, le testament produit justement des effets après la mort de celui-ci, donc à un moment où sa volonté n'existe plus juridiquement.

2^o Il ne peut pas s'accommoder de la saisine des héritiers ; car le testament repose sur la volonté exclusive du testateur, alors que la saisine repose sur le droit exclusif de l'héritier.

Sur la première objection :

Puisque l'on peut imaginer que la volonté d'une personne existe efficacement après sa mort lorsqu'il s'agit d'un acte par lequel elle institue un continuateur de sa volonté auquel elle transmet ses biens, — comme il en était en droit romain, — on ne voit pas pourquoi on ne saurait imaginer que cette volonté puisse exister aussi efficacement lorsqu'il s'agit d'un acte par lequel elle n'institue qu'un continuateur de ses biens. Cela est d'autant plus vrai que le droit Allemand moderne admet que l'on peut accepter une offre même après la mort du pollicitant, qu'ainsi, le lien juridique peut se former après le décès, parceque l'on considère l'acceptation comme rétractive ou que l'on considère le défunt comme lié par son offre.

Une fois admise la fiction de la survivance de la volonté on doit l'admettre dans toutes les hypothèses ou alors ne pas l'admettre du tout.

Sur la deuxième objection.

C'est une erreur de croire que la saisine ne doit pas exister chez les héritiers testamentaires modernes, c'est parceque les institués testamentaires à Rome ne l'avaient point. C'est une seconde erreur de croire que la saisine fait acquérir à l'héritier — quelque soit le mode de transmission — la propriété de la succession. La saisine — d'ailleurs Lassalle lui-même le dit parfois — ne fait qu'attribuer la possession. La propriété lui est bien acquise de plein droit mais à cause de la mort du *de cujus* et non pas parce qu'il a la saisine ou un droit antérieur.

Raison pour laquelle la propriété de la succession se transmet de plein droit au jour du décès. — La raison pour laquelle l'héritier testamentaire moderne acquiert de plein droit, ce qui n'a pas de sens aux yeux de Lassalle, n'est pourtant pas impossible à trouver.

C'est que le droit a fait du chemin depuis les Romains : il en est ainsi des autres modes de transmettre et d'acquérir la propriété. Alors qu'il fallait, chez les Romains, que la tradition fût ajoutée à la convention pour que la propriété soit acquise — ce qui existe encore en droit espagnol, art 609 — la convention suffit généralement de nos jours.

Qu'y a-t-il d'extraordinaire que le droit ait fait une évolution dans le même sens quand il s'agit de l'acquisition de la succession ?

Il fallait en droit romain, la tradition pour parfaire les conventions ; *l'additio hereditatis* pour les successions légitimes ou testamentaires ; il suffit en droit moderne de l'accord des volontés pour que la convention soit parfaite

et il suffit de l'ouverture de la succession, fut-elle *ab intestat* ou testamentaire, pour faire acquérir la propriété. — Voilà pourquoi, en droit moderne, la succession, même testamentaire, est acquise *eo ipso* à l'héritier.

Peut-on supposer que le créancier d'une chose certaine, qui acquiert la propriété *eo ipso* par le seul effet de la convention, a eu un droit antérieur à la convention? Certes, non.

Pourquoi ne pas concevoir qu'un héritier, fit-il légitime ou testamentaire, puisse acquérir la propriété, *eo ipso*, par l'effet de l'ouverture de la succession, sans lui supposer de droit antérieur à l'ouverture. Il n'y a donc aucune contradiction dans le testament moderne qui tout comme le testament romain, est fondé exclusivement sur la volonté du défunt et l'acquisition de l'hérédité, *eo ipso*, par l'héritier institué.

D'ailleurs, cette acquisition de plein droit est une fiction puisque la propriété ne peut être acquise malgré soi. — Comme nul n'est héritier qui ne veut, la propriété n'est acquise réellement que si on a accepté la succession, de même qu'elle ne l'était pas non plus en droit germanique, où les héritiers avaient aussi le droit d'option.

Rapports de la saisine et du testament. — Si on ne voulait voir dans le testament moderne qu'un vaste malentendu parce qu'on a greffé sur le testament romain une institution ignorée à Rome, il faudrait enrayer définitivement les progrès du droit et abolir un nombre respectable de nos institutions modernes, qui ne sont pour la plupart que des parentes plus ou moins éloignées des anciennes institutions romaines. D'ailleurs, si nous voulions nous placer seule-

ment au point de vue du droit français. — l'ancien droit roumain ignorait la saisine — il faudrait observer que les origines germaniques ¹ de la saisine y ont été contestées dernièrement et que c'est, d'après quelques auteurs, une règle d'origine romaine ², d'après d'autres, l'extension d'une règle romaine ³; un mode de réaction entre les abus féodaux ⁴; ou enfin le produit d'un ensemble de principes romains et naturels ⁵.

Ainsi — au moins — au point de vue français la saisine n'ayant pas l'origine dans la copropriété de famille, ne suppose pas nécessairement de droit antérieur à l'héritier et peut se concevoir dans le testament sans le contredire.

Et peut-être en est-il de même dans le droit germanique s'il est vrai que l'idée première de la saisine se rattache — de quelque origine qu'on la fasse descendre, — à une époque où la transmission des biens ne pouvait s'accomplir qu'au moyen de formalités extérieures et solennelles ⁶.

Quoi qu'il en soit, il est certain que la saisine n'évoque

(1) Simonnet, *Hist. et théorie de la saisine héréditaire*. — Lassalle au contraire *op. cit.* II. 642-643, croit que la maxime : le mort saisit le vif a été emportée par les peuplades germaniques dans tous les pays où elles se sont établies, en Hollande, en Angleterre et en France, en Espagne et en Italie. — Mais rien ne prouve qu'il en soit ainsi : « Le fait qu'une institution se représente chez plusieurs peuples n'implique nullement la communauté d'origine : Les esclaves, la propriété, le droit héréditaire, le mariage se trouve partout sans qu'il soit nécessaire d'admettre des emprunts. » Jhering, *Les Indo-Européens avant l'histoire*, p. 444).

(2) Viollet, *Hist. du droit civil français*, p. 831-832.

(3) Planiol, *op. cit.* III. 1932 et *Revue critique* 1885 XIV, p. 337 s.

(4) Laurière (sur Loysel *Instit. coutumières* II, tit. V, n. 317; Baudry et Wahl, *op. cit.* I, n. 142. *Contrà*, Percerou, *loc. cit.*, p. 559.

(5) Laurent, VIII, n. 219.

(6) Demolombe XIII n. 125.

plus en droit moderne, l'idée de sanction d'un droit antérieur de l'héritier ; elle peut donc se concilier avec l'idée du testament moderne.

Quant à la succession *ab intestat*, il est incontestable qu'une fois qu'on aura supprimé le testament sans reconnaître de droit propre à l'héritier, elle n'aura plus comme base que la volonté de la loi, et il sera libre à la loi de le reconnaître ou non.

Telle que nous la concevons, aujourd'hui la succession *ab intestat* ne saurait survivre à la disparition du testament.

Quant à la seconde objection de Lassalle, à savoir que le testament moderne est un acte de pure disposition de biens, qui, par conséquent, ne peut survivre au disposant elle tombe aussi, si nous nous plaçons exclusivement au point de vue du droit français.

En effet, non seulement nous avons démontré qu'on peut concevoir avec nos idées modernes le testament comme acte de disposition de biens, mais on a admis, et la doctrine admet encore aujourd'hui en France, la théorie de la continuation de la personne juridique du défunt par son héritier, alors qu'en Allemagne on s'est définitivement débarrassé et de la fiction de la continuation et de l'idée de la copropriété et on a admis le système plus simple et plus réel de la succession aux biens ¹.

(1) Mais en Allemagne même, malgré qu'on ne voit plus dans l'héritier qu'un successeur aux biens, pour suppléer à l'impossibilité où on se trouvait de matérialiser l'acte juridique de la transmission, tout en combattant la théorie de la continuation de la personnalité, Ihering enseignait qu'il y a deux personnalités : une personnalité actuelle qui disparaît avec la mort physique et une personnalité réalisée — *eine substantiirte Persönlichkeit* — qui est constituée

Un revirement paraît pourtant se produire dans ce dernier sens, dans la doctrine française moderne ¹.

SECTION IX

La succession c'est un contrat

§ I. — LA FORMATION DU CONTRAT SUCCESSORAL

Nous avons démontré l'inconcevable confusion que la doctrine et la jurisprudence font entre la nature juridique de la réserve² — portion de biens dont le défunt ne pouvait disposer, ni entre vifs, ni par décès, sinon au profit des personnes que la loi désigne et qu'elle protège contre le défunt même, de toutes façons, jusqu'au point de lui interdire l'adoption, et de priver d'effets la reconnaissance de l'enfant naturel faite pendant le mariage, et qui constitue une véritable succession légale, une transmission et une acquisition de patrimoine par la volonté indépendante de la loi, au vrai sens du mot — et la succession *ab intestat* proprement dite et la succession testamentaire proprement

par le patrimoine, qu'il élève ainsi au rang de sujet, en lui permettant de cette façon d'être continuée par l'héritier. Ihering *Abhandlungen aus dem römischen Rechte* III^e *Abhandlung* p. 228 et s. et *Lehrbuch für Dogmatik* II p. 161.

(1) Depuis le droit romain on a essayé de rattacher la question de l'obligation aux dettes par l'idée mystique de la continuation de la personne du défunt par celle de l'héritier; mais aujourd'hui, cette fiction n'est plus qu'un symbole. (M. Saleilles à son cours). — « Pour justifier la continuation des obligations du défunt on n'a pas besoin de recourir à la fiction de la continuation. — Elle s'explique par l'idée que l'obligation dans la conception économique moderne, frappe moins la personne que les biens; qu'après, comme avant le décès, elle ne cesse pas de les atteindre et que par suite, celui qui les recueille doit aussi, en tant que détenteur de ces biens, payer les dettes qui les grèvent » (Percerou, *loc. cit.*, p. 573 s.).

(2) Voyez *suprà*, p. 38 s.

dite, — comprenant la quotité disponible seulement, portion de biens dont le défunt conservait la pleine et entière liberté de disposer tant entre vifs que par décès, au profit de personnes, autres que celles que la loi désigne, mais ne protège nullement contre le défunt, et qui constituent par contre de véritables successions volontaires, des transmissions et des acquisitions de patrimoine par la volonté de l'homme, au vrai sens du mot ¹.

Si la loi, en réglementant la succession *ab intestat* proprement dite, désigne certaines personnes — tout comme pour la réserve — ses dispositions obligatoires pour celle-ci, ne sont que facultatives pour celle-là.

Si la loi réglemente la succession *ab intestat* proprement dite, elle ne le fait donc pas comme pour la réserve, mais comme pour la vente ou les autres contrats : pour le cas où les parties n'auront rien dit.

La loi — se conformant au but pour lequel la loi existe — prévoit le cas où dans différentes circonstances —, l'homme — qui de par sa nature est soumis à l'erreur et à l'oubli — aura négligé de se prononcer par un acte de volonté individuelle comme il en avait le droit, et pose des règles à sa place.

Dans ces cas, les dispositions de la loi ne sont pas impératives ou prohibitives de volonté particulière, mais interprétatives de la volonté individuelle ².

(1) Voyez *suprà*, p. 27 s.

(2) Quel est le rôle du législateur dans la dévolution *ab intestat* ? — Un rôle interprétatif de volonté. Il est à présumer que le *de cuius* s'en est rapporté purement et simplement aux dispositions de la loi qui règle la succession aux biens, d'après l'ordre présumé de ses affections; qu'il se l'est appropriée par une sorte de testament tacite. — (Weiss, *op cit.* p. 681)

Aussi, ne saurait-on prétendre — sans commettre une grosse erreur et une regrettable méprise — que la volonté impérative ou prohibitive de la loi, entre tant soit peu dans l'organisation qu'elle donne à la succession *ab intestat* proprement dite : on ne saurait y voir qu'un effet de l'interprétation de la volonté du défunt, partant cette volonté elle-même.

Mais cette volonté suffit-elle pour que la transmission s'opère ?

Non, certainement. Malgré que la propriété de la succession est acquise de plein droit à l'héritier, du moment de sa dévolution, même à l'insu de l'héritier, cette acquisition n'est qu'une fiction, destinée à éviter la jacence de l'hérédité — qui trouvera son explication juridique un peu plus loin. — Pour que la propriété de celle-ci lui soit réellement acquise il faut son consentement.

Ainsi, nous avons d'un côté et de l'autre : consentement concordant : accord de volontés.

Si nous voulions rapprocher, la succession *ab intestat* et la succession testamentaire aussi, de certaines autres institutions de notre droit successoral, nous pourrions remarquer des ressemblances frappantes.

Comme dans l'institution contractuelle et la promesse d'égalité, qui sont des contrats de donation à cause de mort, il y a, dans ces autres donations à cause de mort que sont la succession testamentaire et la succession *ab intestat*, la volonté pleine et entière de celui qui donne ;

Comme dans la promesse d'égalité, aussi bien dans la succession testamentaire que dans la succession *ab intestat*, le donateur conserve le droit de disposer, soit entre vifs,

soit par décès, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, de la portion de biens dont il a la libre disposition ;

Comme dans la promesse d'égalité et dans l'institution contractuelle aussi bien dans la succession *ab intestat* que dans la succession testamentaire, le droit ne se réalise qu'au décès du donateur ;

Aussi bien pour les premières que pour les secondes la transmission ne s'opère que grâce à la volonté libre et entière de celui qui reçoit ;

Pour les secondes aussi bien que pour les premières celui qui reçoit est libre d'accepter purement ou simplement, sous bénéfice d'inventaire ou même de répudier¹.

Puisqu'ainsi la succession *ab intestat* et la donation testamentaire présentent la plupart des caractères de l'institution contractuelle et tous les caractères de la promesse d'égalité, ne seraient-elles pas aussi des contrats ?

Les éléments essentiels d'une convention sont le consentement, l'objet, la capacité des parties et la cause — réserve faite des arguments qu'on a justement fait valoir contre l'inutilité de la cause comme condition essentielle.

Le consentement existe-t-il dans nos hypothèses ?

Cela est évident et n'a point besoin d'être démontré. Y-a-il consentement nécessaire et suffisant pour constituer une convention, c'est-à-dire concordance de deux consentements ou, comme on dit, accord de volontés dans le même but juridique ?

(1) En Angleterre, l'héritier saisi de plein droit de l'immeuble qui lui échoit (la succession aux meubles est dévolue différemment) n'a pas la faculté de renoncer ; d'ailleurs il n'y a aucun intérêt, car il n'y a pas de confusion des patrimoines : il est tenu *intra vires* (Weiss, *op. cit.*, p. 686).

Considérons le testament et la succession *ab intestat*, ou testament tacite du défunt, ou testament écrit par le défunt dans la loi, ou écrit par la loi pour le défunt — cela revient au même.

Comment un concours de volontés peut-il se produire généralement ?

« L'un des futurs contractants fait des offres ; *au besoin même il en fait successivement à plusieurs personnes*, jusqu'à ce qu'il en ait trouvé une, disposée à contracter avec lui » ¹.

• Elle peut s'adresser même à des personnes indéterminées et l'acceptation qui viendra s'y ajouter n'aura « pas moins pour résultat de former un contrat. »

Mais si le pollicitant venait à mourir avant que le contrat fut formé, c'est-à-dire, avant que l'offre ait été acceptée, en droit français et en droit roumain — et il en est de même dans la plupart des autres droits — « la pollicitation est anéantie de plein droit si la personne de qui elle émane meurt ou devient soit en fait, soit en droit incapable de consentir, par conséquent si elle est prise de folie ou frappée d'interdiction ou encore si elle tombe en faillite. » ³

Au contraire, en droit allemand, la conclusion du contrat n'est pas empêchée par ce fait que l'offrant meurt ou devient incapable à moins qu'il n'y ait lieu de tenir compte d'une volonté différente de l'offrant (C. C. All., art. 153).

Serait-il donc insoutenable, en droit français, roumain et

(1) Baudry et Barde, *Des obligations*, I, n. 29.

(2) Baudry et Barde, *op. cit.*, I, n. 30.

(3) Baudry et Barde, *op. cit.*, I, n. 31. — Naco, *op. cit.*, I, p. 404.

autres, qu'une offre subsiste et que l'acceptation puisse s'y ajouter efficacement après le décès du constituant?

Dans l'institution contractuelle et la promesse d'égalité il y a offre et acceptation du vivant de l'offrant, attendu que si l'institué conserve le droit de répudier la succession, ce n'est pas parce qu'il n'avait pas accepté l'offre du vivant du polliticant et qu'il se prononce seulement à l'ouverture de la succession — s'il en était ainsi nous serions dans notre hypothèse de la succession *ab intestat* ou testamentaire — mais parce que le droit d'opter n'est autre chose qu'une faculté essentielle attachée au droit de l'héritier, que l'exercice de ce droit ¹.

Mais nous ne saurions soutenir que les successeurs *ab intestat* ou testamentaire ne font qu'user de leur droit, attendu qu'ils n'en ont eu aucun du vivant du *de cujus* ².

On parle couramment du droit de l'héritier, ou droit de succession mais — hors les réservataires — cette expres-

1) Planiol III, n. 3182.

(2) Baudry et Barde à propos de la stipulation pour autrui pensent que par le seul fait de la stipulation il y a droit acquis pour le tiers bénéficiaire et qu'il n'y a plus à proprement parler acceptation de la part de celui-ci, mais exercice d'un droit — Il est, disent-ils, dans la même situation qu'un légataire. Ce dernier lui aussi acquiert un droit à son insu : et cependant en ce qui le concerne la règle *Invito beneficium non datur* est respectée, puisqu'il peut répudier le legs (*op. cit.*, I. n. 154). Nous pourrions donc en acceptant cette doctrine — ce que nous avons garde de faire — dire, que par le seul fait de l'écriture du testament ou de l'intention de n'en pas faire, l'héritier a acquis à son insu un droit du vivant du *de cujus*, et qu'il ne fait qu'exercer son droit, lorsqu'il accepte ou répudie. Mais nous n'admettons pas qu'il puisse y avoir de droit acquis — pas plus pour le légataire que pour le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui — sans une manifestation de volonté. C'est pourquoi nous repoussons aussi la définition qu'on donne de l'acceptation que ce serait une renonciation au droit de renoncer. — Une acceptation ne saurait être qu'une acceptation et rien que cela.

sion est foncièrement incorrecte car les héritiers *ab intestat* n'ont aucun droit à la succession du défunt ; il n'y a que dans un système de successions fondé sur la copropriété, qui reconnaîtrait un droit sur les biens du vivant même du propriétaire, que l'on peut parler correctement d'un droit de l'héritier, mais notre droit successoral n'a pas d'autre fondement que la volonté du défunt qui se fait connaître à sa mort.

N'ayant pas de droit offert par le défunt et accepté par le bénéficiaire du vivant de l'offrant, les successeurs *ab intestat* et testamentaires, qui usent de la faculté d'accepter ou de répudier ne font, pas plus que les institués contractuels entre-vifs, qu'exercer un droit ; mais ils acceptent ou répudient l'offre de succession ¹.

Or, cette acceptation peut-elle encore se produire efficacement après le décès du donateur ? Le *vinculum juris*, peut-il se former efficacement ? Oui, parcequ'on peut, en droit français moderne, accepter une donation après le décès du donateur si l'acceptation *post mortem* est de la nature de cette donation.

Nous trouvons, en effet, en droit positif un cas particulier, qui n'est autre chose que l'application du principe général que nous venons de poser. Nous voulons parler de l'assurance à bénéficiaire déterminé.

(1) On peut trouver que cette conception soit en désaccord avec l'acquisition de la propriété par le seul fait que la succession est ouverte. Mais il n'en est rien. Cette acquisition de plein droit est une fiction qui trouve son explication dans ce qu'on considère l'acceptation de l'offre comme rétroactive, afin d'éviter la vacance de l'hérédité, mais elle n'est nullement en opposition — de même que la saisine ne l'est non plus — avec l'idée que l'acceptation de la succession n'est pas l'exercice d'un droit — dans nos deux hypothèses — mais un moyen d'acquiescer le droit. Voyez *suprà*, p. 84.

« L'assuré tient souvent l'assurance secrète afin que l'acceptation du bénéficiaire ne lui lie pas les mains ¹ ».

Nous avons donc offre de donation ² avec droit pour le disposant de *retenir*, ce que d'ailleurs nous avons déjà vu exister dans la promesse d'égalité.

La jurisprudence et l'unanimité de la doctrine — il n'y a que deux ou trois exceptions — écartent l'application de l'article 932 et admettent « que l'acceptation du bénéficiaire puisse utilement survenir après le décès de l'assuré. Il doit en être ainsi pour que l'assurance réponde aux vues de celui qui la contracte ³. »

Nous devons rapprocher de cette décision, la disposition de l'art. 38 C. Com. Roumain : « Dans les contrats « unilatéraux, la pollicitation est obligatoire dès qu'elle « arrive à la connaissance de la partie à qui elle est « adressée ⁴. »

Il est évident, dans cette hypothèse, que l'offre subsiste après le décès de l'offrant et que l'acceptation s'y joindra utilement pour former le contrat.

Or, nous avons, dans nos hypothèses de la succession testamentaire ou *ab intestat*, justement des contrats unilatéraux.

(1) Baudry et Barde, v. *suprà*, p. 99, note 2 et *op. cit.*, I. 196.

(2) Baudry et Barde, *op. cit.*, I. 154 et 194 pensent qu'il n'y a pas d'offre dans l'assurance, mais droit acquis immédiatement et à l'insu du bénéficiaire, et que le terme d'*acceptation* de l'assurance est impropre. Ce système produit les mêmes effets que celui de la jurisprudence auquel nous nous rallions.

(3) Baudry et Barde, *op. cit.*, I. 196.

(4) Le C. C. All. art. 451 dispose : Le contrat est parfait par l'acceptation de l'offre, sans que l'acceptation doive être déclarée à l'offrant, lorsque pareille *déclaration n'est pas dans l'usage ou que l'offrant y a renoncé*. — Trad. de Meulenaere.

Peu importe, pour la formation d'un contrat, que le pollicitant soit vivant ou présent, s'il résulte de la nature du contrat qu'il pouvait se former sans que la déclaration de l'acceptation fut connue par le pollicitant (V. art. 151, in princ. C. C. All.).

La volonté a été manifestée; le jour où l'acceptation s'y joindra, l'accord sera parfait, comme cela se passe pour l'acceptation de l'assurance; comme il en est en droit commercial roumain; comme il en est en droit civil allemand. Puisqu'on dispense l'offre de l'assurance des formalités de l'art. 932, pourquoi ne pas en dispenser aussi l'offre de succession?

Mais, pour démontrer la possibilité de la formation d'un contrat après décès du pollicitant, en droit français, nous pouvons recourir à un autre exemple plus simple — si on ne voulait voir dans l'assurance que l'application d'un principe général.

Lorsqu'il s'agit d'une offre, accompagnée d'un délai imparti pour l'acceptation, on admet que le pollicitant ne peut la retirer avant l'échéance du terme! Mais si, au cours de ce délai, le pollicitant venait à mourir, il est incontestable que l'offre ne subsistera pas moins¹.

Or, dans nos hypothèses, les héritiers et légataires ont justement un délai imparti pour accepter. Dès lors, n'est-il

(1) Baudry et Barde, l. n. 34 « S'il est rationnel, que les faits qui entraînent l'incapacité du débiteur s'opposent à ce qu'il s'engage valablement dans la suite, nous ne voyons pas comment ces faits pourraient anéantir les obligations qu'il a antérieurement contractées et dont l'existence est désormais indépendante de sa volonté. — La survenance des événements que nous venons d'indiquer (la mort ou l'incapacité de l'offrant) est donc indifférente

pas évident que l'offre faite par le défunt, de son vivant, de donner son patrimoine, doit continuer à exister juridiquement pour cette double raison : qu'il est de la nature du contrat que l'acceptation se produise après le décès du pollicitant et que les personnes à qui l'offre est adressée, ayant un terme pour accepter, peuvent juridiquement l'accepter même après la mort de l'offrant ou après qu'il est devenu incapable.

Les auteurs, à l'unanimité, n'aperçoivent pas d'accord de volontés, dans la succession testamentaire et dans la succession *ab intestat*. On se plaint à considérer le testament, ou la dévolution de la succession *ab intestat*, comme un acte indépendant et l'acceptation de ces successions, comme un autre.

Et pourtant, il est évident, qu'il y a un accord de volontés : quand l'acceptation s'est jointe à l'offre, il y a union de deux volontés ; or cette union constitue la convention ; elle la constitue par elle-même ¹.

Puisque de l'offre de donation entre vifs et de l'acceptation de cette offre résulte un contrat, pourquoi, lorsqu'il y a offre de donation successorale et acceptation de cette offre, voir dans la première un « acte » indépendant — ce qui est incontestable — et dans la seconde un quasi-contrat ², et ne pas joindre cette acceptation, à l'acte de pollicitation pour former un contrat.

(1) Baudry et Barde, I, n. 37.

(2) Planiol, II, 813, 3^e et III, 2789 ; Baudry et Barde, *op. cit.*, III, II^e partie, n. 2789 ; Démolombe, XXXI, n. 39.

§ II. — L'ACCEPTATION D'UNE HÉRÉDITÉ N'EST PAS UN QUASI-CONTRAT

L'acceptation d'une hérédité est-elle un quasi-contrat ?

Le quasi-contrat, enseigne M. Planiol¹, *diffère du contrat parce qu'il exclut par essence l'accord des volontés*.

Or, peut-on dire que dans l'acceptation d'une hérédité, l'accord de volontés entre celui qui a transmis l'hérédité et celui qui l'accepte est *essentiellement exclu*, comme il l'est bien essentiellement exclu entre le patron et le gérant dans le quasi-contrat de la gestion d'affaires ; comme il l'est aussi entre celui qui reçoit et celui qui paie par erreur dans cet autre quasi-contrat qu'on appelle le paiement de l'indû ; comme il l'est aussi — ce n'est pas douteux — entre le propriétaire du terrain et celui qui construit à son insu sur ce terrain dans l'hypothèse de l'article 553 C. C. Fr., dans cet autre quasi-contrat de l'enrichissement sans cause² ; comme il l'est aussi entre celui qui administre les biens communs, sans mandat et sans qu'il y ait société, et ses copropriétaires, dans cet autre quasi-contrat de communauté³.

Dans tous ces exemples, l'élément essentiel à l'existence

(1) Planiol, II, 811.

(2) Planiol, II, 937, estime que l'action de *in rem verso* dans l'enrichissement sans cause a plutôt un caractère quasi-délictuel que quasi-contractuel, car on exige par cette action ce qu'il n'est pas permis de conserver. — Et c'est raison.

(3) Baudry et Barde, III, II^e partie, n. 2789, proposent que l'acceptation par le tuteur d'une tutelle qu'il aurait pu refuser, soit un quasi-contrat. — Nous ne sommes pas de cet avis, car il n'y a pas ici d'exclusion d'accord de volontés, au contraire il y a un parfait accord : le conseil de famille offre la tutelle et le tuteur l'accepte.

du quasi-contrat, exclusion de tout accord de volontés, ne fait pas défaut : le patron ignore que le gérant défend ses intérêts ; le débiteur ignore qu'il paie ce qu'il ne doit pas ; le constructeur ignore qu'il construit sur le terrain d'autrui ; les copropriétaires ignorent l'administration de leur cosociétaire.

Mais comment concevoir que le testateur, ou celui qui meurt *intestat*, ignore qui sera son héritier, alors que c'est de lui-même que celui-ci tient son droit ? — Et comment concevoir que l'héritier qui accepte, ignore à qui appartient le patrimoine qu'il convoite ? — Comment ne pas voir qu'ils consentent réciproquement ? Autant dire que le donateur ignore la personne du donataire, ou que l'acceptation d'une donation constitue un quasi-contrat.

Mais ce n'est pas dans les rapports du défunt et de l'héritier, que les auteurs cités voient un quasi-contrat. — On a expliqué comme il suit le quasi-contrat d'hérédité :

« L'acceptation de l'hérédité oblige l'héritier ou légataire universel envers *les légataires* de la succession. Le successeur se trouve également tenu envers *les créanciers*, mais à leur égard, il ne fait que continuer la personne du défunt, et son obligation a la même cause que celle de son auteur : elle peut selon les cas, dériver d'un contrat, d'un délit ou d'une source quelconque d'obligation, tandis qu'on ne peut expliquer que par l'idée d'un quasi-contrat l'obligation de l'héritier envers les légataires : pour ceux-ci, il n'y a pas de transmission d'obligation préexistantes, mais création d'obligations nouvelles » ¹.

(1) Planiol, II, 813. 3°.

« Cette action (l'action personnelle qui appartient au légataire pour réclamer son legs) que les anciens appelaient *action ex testamento*, prend naissance en la personne de l'héritier, par l'effet de son acceptation : *il se trouve tenu envers les légataires en vertu du testament* COMME PAR UN CONTRAT ; la volonté du testateur jointe à celle de l'héritier et du légataire, acceptant l'un le legs, l'autre la succession, forme le lien de droit, et il y a là un *quasi-contrat* » ².

Or, il résulte avec la dernière évidence de ces deux textes, qu'il manque à l'acceptation de l'hérédité l'élément essentiel pour l'existence du quasi-contrat : l'exclusion par essence de l'accord de volontés.

Puisque donc il y a deux volontés celle du testateur et celle de l'héritier, et que ces deux volontés *se joignent* à une troisième celle du légataire, nous ne voyons pas comment n'y pas trouver le plus parfait accord de volontés ; car deux volontés qui ne s'accordent point, ne peuvent point se joindre, mais au contraire elles se déjoignent. — Mais ce n'est pas seulement cet élément essentiel à sa constitution qui manque à l'acceptation d'une hérédité pour être un quasi-contrat ; il en est un autre et qui est tout aussi essentiel.

Un quasi-contrat est bien un fait volontaire de l'homme qui engendre pour celui qui le fait une obligation ; mais encore faut-il, pour qu'il y ait obligation envers une personne, que le fait constitutif de l'obligation ait été accompli exclusivement envers cette personne, car l'obligation est un lien de droit par lequel *une personne* est astreinte envers *une autre* à faire ou à ne pas faire quelque chose.

(2) Planiol, III, 2789.

Pour qu'il y ait donc obligation, il faut qu'il y ait *deux personnes en présence*. Pour qu'il y ait obligation résultant d'un contrat, il faut que les deux parties en présence se soient mises d'accord ; pour qu'il y ait obligation résultant d'un quasi-contrat, il faut que l'une des parties ait accompli un fait envers l'autre à l'insu de celle-ci.

Mais il faut toujours pour qu'il y ait quasi-contrat entre deux personnes, que le fait générateur de l'obligation, se soit passé entre ces deux personnes.

M. Planiol, en parlant du quasi-contrat, exige, aussi, un rapport direct entre deux personnes : « *cette absence de toute entente ENTRE LE DÉBITEUR ET LE CRÉANCIER* » — ou — « *même en ce cas (paiement de l'indû) il n'existe CHEZ LES DEUX PARTIES EN PRÉSENCE aucune volonté de faire naître l'obligation quasi-contractuelle* ».

Peut-on en dire de même de l'acceptation d'une hérédité ?

En première ligne, peut-on admettre que l'*exercice d'un droit* — puisqu'on dit que l'héritier ou le légataire qui acceptent, exercent un droit — puisse entraîner un quasi-contrat ?

Il n'y a pas ici de *fait personnel*, comme il y en a dans la gestion d'affaires, dans le paiement de l'indû, dans l'enrichissement sans cause de la part de celui qui s'oblige, il y a exercice d'un droit.

En seconde ligne, supposons que ce soit un fait, — comme nous le pensons d'ailleurs — entre qui, ce fait se passe-t-il ; quels sont les deux termes du rapport juridique de l'acceptation d'une hérédité ?

Ce sont l'héritier d'une part, le défunt ou sa « subs-

tantierte Persönlichkeit » selon Ihering, d'autre part.

Comment le rapport juridique entre ces deux parties en présence, peut-il juridiquement, constituer un quasi-contrat de l'une d'elle envers un tiers ¹ ?

Autant dire que l'acceptation d'une donation avec charges constitue un quasi-contrat entre le donataire et les bénéficiaires des charges.

On pourrait tout au plus dire dans l'hypothèse qui nous préoccupe que l'obligation du légataire ou de l'héritier envers les légataires particuliers résulte d'une stipulation pour autrui ; mais alors on devrait admettre l'obligation *ultra vires* envers les légataires et on ne veut pas l'admettre.

Les raisons pour lesquelles on a eu recours à la création de la catégorie juridique du quasi-contrat d'hérédité sont les suivantes.

Quand il s'agit de payer les créanciers, l'héritier le fait en qualité de continuateur de la personne ² : il y a obli-

(1) Il ne faudrait pas se méprendre sur le sens de l'art de 1382 qui statue que « les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque *envers un tiers*, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties. »

La loi fait ici la distinction entre les cas où le fait est accompli par une seule personne ou par deux personnes. — Dans la première hypothèse nous rangeons la gestion d'affaires, dans la seconde le paiement de l'indû.

Mais il n'est pas moins vrai que le quasi-contrat de gestion d'affaires ne fait découler d'obligation qu'envers le patron, c'est à-dire envers la personne qui souffre directement le fait du *gestor*. C'est lui que la loi désigne sous le terme impropre de « tiers ». — Il y a donc toujours rapport entre deux personnes, mais parfois c'est une seule qui concourt à la consommation du fait générateur de l'obligation, alors que d'autrefois ce sont les deux parties qui prennent part, (paiement de l'indû).

(2) V. *suprà*, p. 1 et s. et 29 et p. 93 n. 1 et 2.

gations préexistantes, tandis que pour les légataires il y a création d'obligations nouvelles.

Comment? Une obligation créée par moi, n'est pas une obligation née de mon chef, mais de celui de mon héritier?

Alors les charges qu'un donateur imposée à son donataire ne sont pas des obligations préexistantes, mais des obligations nouvellement créées et nées du chef du donataire.

Est-ce à la date à laquelle une obligation devient parfaite qu'on se place pour apprécier la personne du chef de laquelle elle est née et ne considère-t-on pas cette personne elle-même?

Il y a aussi un argument de texte.

L'héritier est tenu des legs, comme il est tenu des dettes et charges de la succession¹; et il n'est pas tenu des dettes parce qu'il continue la personne du défunt mais parce que l'obligation aux dettes et aux charges est une condition de l'acquisition du patrimoine, comme nous l'avons déjà constaté précédemment.

L'héritier et les légataires universels et à titre universel ne sont pas tenus du paiement du legs *comme par un contrat*, — mais par un contrat, tout comme le donataire n'est pas obligé à payer les charges dont sa donation est grevée, *comme par un contrat*, mais par un contrat, tout simplement. Mais les conséquences du système qui considère l'acceptation de l'hérédité comme un quasi-contrat envers les légataires, sont considérables au point de vue de l'étendue de l'obligation d'acquitter les legs, et se retournent contre ceux qui les soutiennent.

(1) Voyez *suprà*, p. 102, n. 1.

Ainsi, M. Planiol est contre l'obligation *ultrà vires*⁽¹⁾ parce que les textes du Code ne tranchent point, à son avis, la question, et que nous devons nous référer à l'ancien droit.

Or, puisque l'héritier acceptant l'hérédité, s'oblige par un quasi-contrat envers les légataires, il doit être tenu, *ultrà vires* — en dehors de tout texte de loi affirmatif — par suite de l'obligation contractée personnellement envers eux. L'héritier ne paie pas les legs *ultrà vires*, dit-on, parce que ce sont des obligations nouvelles, et non la continuation des obligations du défunt, parce qu'ils n'y sont pas tenu « personnellement ». Ce mot dans les articles 870-873 et 1009-1012 ayant été écrit pour régler la contribution aux dettes et aux charges et non pas l'étendue de l'obligation⁽²⁾.

Ainsi on tombe de Charybde en Scylla.

Il ne seront donc pas tenus en vertu des articles ci-dessus, parce qu'ils disent autre chose ; ils ne seront pas tenus non plus en vertu de l'idée de la continuation du défunt, les legs constituant des dettes nouvelles ; et à quoi bon le seraient-ils, en vertu de ces deux arguments, alors

(1) Planiol, *op. cit.*, III, 2791.

(2) Nous sommes complètement de l'avis de M. Planiol sur le sens de ses articles. — Mais peut-être n'avons-nous point besoin pour limiter l'obligation aux legs, de nous référer à l'ancien droit. En effet si l'article 1017 dit que les héritiers du testateur ou autres débiteurs d'un legs, seront personnellement tenus de l'acquitter, il y a l'article 1016 qui établit que les frais de la demande en délivrance seront à la charge de la succession sans néanmoins qu'il puisse en résulter de réduction de la réserve légale. — Il est manifeste que l'intention du législateur a été de défendre les réservataires contre les légataires particuliers. — Puisque les frais de la demande en délivrance du legs ne peuvent réduire la réserve, comment réduire la réserve par l'obligation infinie au paiement du legs lui-même.

que la source de leur obligation se trouve dans le quasi-contrat d'hérédité?

Par le fait d'acceptation, ils contractent une obligation personnelle résultant du quasi-contrat, envers les légataires. N'est-il pas évident qu'ils sont donc réellement tenus personnellement. Et qui est tenu personnellement, l'est aussi indéfiniment.

Au contraire, si dans l'acceptation de l'hérédité, nous voyons tout simplement l'acceptation de l'offre du défunt, nous dirons que l'héritier est tenu envers les légataires par un contrat, le contrat d'hérédité, et nous pouvons quant à l'étendue de l'obligation aux legs, soutenir, à l'aide des principes généraux, qu'il ne sera tenu qu'*intrà vires*, car le défunt lui ayant offert ses biens ou une quote-part de ceux-ci, n'a pas entendu l'obliger de donner aux autres, qu'autant que les biens offerts seront suffisants.

Nous résumons donc : le défunt en mourant offre à une ou plusieurs personnes conjointement ou successivement ses biens à titre gratuit ; cette offre est faite soit par un acte solennel : le testament ; soit par une manifestation tacite de volonté : le testament ; écrit dans la loi. L'héritier *ab intestat* ou les héritiers institués acceptent l'offre en acceptant l'hérédité : les volontés se sont rencontrées : le contrat d'hérédité est parfait.

L'offre de succession étant faite cumulativement ou successivement à plusieurs personnes, si, dans le premier cas, l'une n'accepte pas, l'autre prendra le tout en acceptant, si dans le dernier cas une personne refuse une autre peut accepter, l'offre ne tombe pas étant successive.

§ III. — DE LA CAPACITÉ, DE L'OBJET ET DE LA CAUSE
DU CONTRAT D'HÉRÉDITÉ

Nous n'avons rien à dire quant à l'objet et la cause du contrat d'hérédité, mais nous avons au contraire à insister un peu sur la capacité des parties. — On ne peut pas dire en effet, qu'un enfant en bas-âge, mort, forcément *intestat* ait pu contracter.

La réponse — nous l'avons déjà donnée en étudiant le sens de la dévolution *ab intestat* — : toutes les dispositions légales qui concernent les incapables sont impératives. — Un mineur ne peut pas plus faire un contrat d'hérédité qu'il ne peut faire un contrat de vente. — Pour ce dernier la loi charge un tuteur ; pour l'hérédité la loi a craint d'en confier le soin à un tuteur et s'en est chargé elle-même.

Cela n'influe en rien sur la nature juridique de l'opération.

§ IV. — CLASSIFICATION DU CONTRAT D'HÉRÉDITÉ

Les contrats étant classés en synallagmatiques et unilatéraux ; à titre onéreux ou à titre gratuit ; commutatifs et aléatoires ; consensuels, réels ou solennels ; principaux ou accessoires, nous devons rechercher dans laquelle de ces catégories il faudra désormais ranger le contrat d'hérédité.

Le contrat d'hérédité est un contrat unilatéral : en effet, comme dans la donation, le donateur, il n'y a ici que le *de cuius* qui s'oblige à donner quelque chose.

Le contrat d'hérédité est un contrat à titre gratuit : en effet comme dans la donation, le donataire, il n'y a ici que

l'héritier qui reçoive quelque chose¹. Le contrat d'hérédité est un contrat solennel ou consensuel, selon qu'il se forme par testament ou tacitement.

Le contrat d'hérédité est un contrat principal.

La division des contrats en commutatifs et aléatoires, n'intéressant que les contrats à titre onéreux, et le contrat d'hérédité étant à titre gratuit, cette division ne l'intéresse pas.

§ V. — DÉFINITION DE LA SUCCESSION

La succession est un contrat à cause de mort par lequel une personne transmet son patrimoine, gratuitement à une autre qui le reçoit. La réserve est une portion indisponible des biens d'un défunt, que la loi transmet à des personnes déterminées.

Le testament est une offre solennelle de la succession.

§ VI. — INTÉRÊTS PRATIQUES DE LA SUCCESSION COMME CONTRAT

I. — *Arguments contre la suppression de la succession*

Tout ce que la doctrine révolutionnaire a inventé depuis un demi-siècle contre le droit de tester ou contre la succession *ab intestat*, devient irrémédiablement insoutenable.

A ceux qui voient dans la propriété non un droit mais un ensemble de droits parmi lesquels celui de contracter et celui de tester et pensent qu'on pourrait supprimer ce dernier sans pour cela compromettre le droit de pro-

(1) Sauf ce que nous dirons de l'institution contractuelle.

priété¹, nous répondrons que le droit de tester n'est que le droit de contracter, qu'on ne saurait supprimer sans supprimer la propriété.

A ceux qui argumentent de la constitution erronée du testament moderne², nous répondrons que le testament n'est plus un acte identique au testament romain ni à celui des anciens Germains, puisque le dogme de l'immortalité de l'âme est ignoré en droit positif, et que la copropriété l'est ignorée autant en droit que dans les mœurs ; le testament et la succession *ab intestat* ont pour fondement la propriété individuelle : le droit de disposer de cette propriété par contrat.

A ceux qui, sans toucher au testament, veulent supprimer l'hérédité *ab intestat*, nous répondrons, que la loi n'attribue pas la propriété, mais prévoit, comme pour les autres contrats, des hypothèses qui permettent au juge de résoudre les litiges sur les points sur lesquels les parties ne se sont point expliquées³.

II. — *Acquisition de la succession*

La succession n'est définitivement acquise à l'héritier que le jour de l'acceptation, car c'est à ce jour que le contrat devient parfait. Mais cette acceptation sera rétroactive au jour où l'offre a été faite, c'est-à-dire au jour de l'ouverture de la succession car c'est à ce moment que la loi place l'ouverture de la succession.

Jusqu'à l'acceptation par un héritier tous les héritiers

(1) Voyez *suprà*, p. 38, n. 3.

(2) Voyez *suprà*, p. 83 et s.

(3) Voyez *suprà*, p. 30 et s.

appartenant à sa classe, même conçus ou nés postérieurement au décès du *de cujus* pourront accepter, car l'offre peut être faite concurremment ou successivement à une catégorie de personnes déterminées par le pollicitant ¹.

III. — *Rétroactivité des lois*

On n'a plus à argumenter de droits acquis ni surtout de rechercher quand un droit est acquis ². On résoudra la difficulté comme on la résoud pour les contrats ; mais en tenant compte de la disposition qui fait ouvrir la succession au moment du décès du *de cujus*.

IV. — *Régime fiscal*

La succession étant un contrat, les lois fiscales ne doivent pas considérer pour fixer le quantum à payer, la personne du bénéficiaire.

Il est d'ailleurs étrange que, tout en reconnaissant que la donation est un contrat, le fisc est plus ou moins indulgent, selon que le bénéficiaire est plus ou moins apparenté au donateur.

Pourquoi alors ne pas faire des distinctions pareilles pour les autres contrats conclus entre proches parents ?

Serait-il raisonnable qu'un enfant doive payer des droits identiques à ceux que payerait un étranger, lorsqu'il achète quelque chose à son père et des droits de faveur lorsqu'il reçoit gratuitement ?

1) Voyez *infra*, p. 181 et s.

(2) Lassalle, *Théorie systématique des droits acquis*, 2 vol. L'auteur s'occupe exclusivement de la succession au point de vue des droits acquis et de la rétroactivité des lois.

S'il s'agit de droits de faveur, peut-être serait-il plus logique de renverser les choses.

Sous une législation qui ne conçoit que la propriété individuelle, celui qui reçoit, fut-il parent ou étranger, reçoit également une chose qui ne lui a jamais appartenu, sur laquelle il n'avait aucun droit.

Il n'y a pas de raison à distinguer.

Nous concluons donc, à l'égalisation des droits fiscaux pour tous les contrats à titre gratuit, indépendamment de la personne du bénéficiaire.

IV. *Conflits en droit international privé*

Avec la facilité et la rapidité des communications qui caractérise la civilisation moderne, les conflits deviennent innombrables en matière de succession — Étant donné l'importance de la question nous lui réservons un chapitre à part ¹.

(1) Voyez *infra*, Appendice II.

DEUXIÈME PARTIE

La succession des parents légitimes en droit comparé

CHAPITRE INTRODUCTIF

LA CLASSIFICATION DES SUCCESSIONS

Selon les différents points de vues auxquels on se place, on peut diviser les successions en : 1° succession légale et volontaire ; 2° succession testamentaire et *ab intestat* ; 3° Succession régulière et irrégulière ; 4° Succession commune et anormale ; 5° Succession universelle et particulière ; 6° Succession aux immeubles et aux meubles ; 7° Succession gratuite et onéreuse.

§ I. — SUCCESSION LÉGALE ET VOLONTAIRE

DÉFINITIONS¹. — La succession légale est une portion indisponible des biens d'un défunt que la loi transmet à des personnes déterminées. La succession volontaire est un

(1) Voyez *suprà*, p. 41, 94 et s., n. 114.

contrat à cause de mort par lequel une personne transmet son patrimoine gratuitement, à une autre, qui l'accepte.

Intérêts de la distinction. — 1° *Capacité de disposer à titre gratuit du défunt.* — Le défunt ne pouvait disposer à titre gratuit, ni entre vifs, ni par décès, sinon au profit des personnes que la loi lui indique, que de la portion des biens qui ne rentre pas dans la succession légale.

2° *Réduction des donations entre vifs et des legs.* — La réduction n'a lieu qu'autant que les biens compris dans la succession légale sont atteints.

3° *Bénéficiaires de la réduction.* — Ne peuvent demander ni profiter de la réduction que les héritiers légaux.

4° *Paiement des legs.* — Les legs ne sont payés que sur la portion des biens comprise dans la succession volontaire. En aucune façon les héritiers ne doivent être obligés de payer les legs sur la réserve, ce serait contraire à la loi ¹.

§ II. — SUCCESSION TESTAMENTAIRE ET AB INTESTAT

OBSERVATIONS. — Cette distinction n'est qu'une sous-division de la succession volontaire. Il y aurait encore une sous-division de la succession volontaire selon que le contrat est passé entre vifs : institution contractuelle, ou à cause de mort : contrat d'hérédité.

DÉFINITION. — Il y a succession testamentaire lorsqu'il y a preuve écrite et solennelle du contrat. Il y a succession *ab intestat* lorsque l'offre du contrat est prouvée tacitement.

(1) Voyez *suprà*, p. 111, n. 1.

Intérêts de la distinction. — 1° *Au point de vue de la forme.* — La succession testamentaire est solennelle; la succession *ab intestat* est consensuelle.

2° *Au point de vue de la preuve.* — L'héritier testamentaire doit prouver l'existence du testament; l'héritier *ab intestat* ne doit rien prouver : il bénéficie d'une présomption légale de *juris* et de *jure* ;

3° *Au point de vue des personnes qui doivent le rapport.* — Le rapport n'est dû que par les héritiers *ab intestat* qui ont reçu du défunt une libéralité soumise au rapport, et qui ont accepté la succession ;

4° *Au point de vue des personnes qui bénéficient du rapport.* — Il n'y a que les héritiers *ab intestat* qui bénéficient du rapport et de la réduction ;

5° *Au point de vue des causes de révocation du contrat.* — Le contrat testamentaire est révoqué pour les causes prévues dans les articles 955 et 1046 Code civil et qu'on appelle causes d'ingratitude ; le contrat de succession *ab intestat* est révoquée pour les causes prévues par l'article 727 et qu'on appelle causes d'indignité. On peut néanmoins — nous le pensons — appliquer ces causes aux héritiers testamentaires.

Le contrat testamentaire peut encore être révoqué pour inexécutions des conditions (C. C. Fr., art. 1046) et nous pensons qu'il doit être révoqué de plein droit, pour survenance d'enfant. On dit généralement qu'il était inutile d'établir cette cause de révocation dans la loi, puisque le testateur peut toujours révoquer lui-même les legs qu'il a fait ¹.

(1) Planiol, III, 2852.

Supposez un testament par lequel Primus a institué Secundus son légataire universel, et supposez que Primus meurt bientôt après, marié et laissant un enfant conçu.

La quotité disponible appartiendra toute à Secundus, si pris de maladie, Primus a négligé de détruire le testament, ou bien est mort subitement, ou encore il a un enfant longtemps après la rédaction du testament, dont il a oublié l'existence.

Ou bien, supposons un enfant de 16 ans qui dispose en faveur d'un ami du *quantum* dont il a la libre disposition, qui se marie à 18 et meurt bientôt après, laissant un enfant conçu, sans avoir révoqué le testament qu'il a peut-être oublié, ou perdu.

Ou bien, supposez encore un homme qui fait un testament, se marie, et devient fou le lendemain ; un enfant a néanmoins été conçu.

Il est donc juste de demander que les testaments comme les donations fussent révoqués de plein droit pour survenance d'enfants.

§ III. — SUCCESSION RÉGULIÈRE ET IRRÉGULIÈRE ¹

OBSERVATION. — Cette distinction n'est qu'une sous-division de la succession *ab intestat*.

DÉFINITION. — La succession est régulière, lorsqu'elle donne la saisine ; elle est irrégulière quand elle ne donne pas la saisine.

Intérêts de cette distinction. — L'intérêt de cette distinction résulte de la définition même.

(1) Nous verrons ailleurs la confusion qui règne en droit roumain à ce point de vue.

§ IV. — SUCCESSION DE DROIT COMMUN ET SUCCESSION ANOMALE¹

OBSERVATION. — Cette distinction ne concerne que la succession *ab intestat*.

DÉFINITION. — La succession est de droit commun lorsqu'elle porte sur l'ensemble des biens sans distinction de provenance; elle est anormale lorsqu'elle consiste en une attribution à des héritiers déterminés d'un bien déterminé. On pourrait dire encore, que la première constitue une véritable libéralité, alors que la dernière consiste surtout en un retour de biens à la personne qui les a donnés ou aux descendants d'elle².

Intérêts de cette distinction. — 1^o *Au point de vue des biens acquis.* — Pour la succession anormale on s'attache seulement à la provenance des biens, ce qui est sans intérêt pour la succession de droit commun.

2^o *Au point de vue de l'obligation aux dettes.* — Dans le système qui oblige les héritiers indéfiniment aux dettes, les héritiers anormaux ne sont néanmoins tenus que jusqu'à concurrence des biens qu'ils recueillent.

§ V. — SUCCESSIONS A LA PERSONNE ET SUCCESSION AUX BIENS³

OBSERVATION. — Cette distinction, que le Code allemand ne fait plus, tend à disparaître de la doctrine française. Il

(1) Le Code civil Roumain ne connaît qu'un seul cas de succession anormale, celui de l'adoptant donateur (art. 316 C. C. Roum., art. 351 C. C. Fr.). Les articles 747 et 766 C. C. Fr. n'ont pas d'équivalent dans le C. C. Roumain.

(2) Ce retour ne se fait pas à titre conventionnel, mais à titre de succession, dit la doctrine; mais nous qui considérons la succession comme un contrat, nous nous garderons de le dire.

(3) V. *suprà*, p. 11.

faut — justement — voir dans tout héritier un successeur aux biens.

DÉFINITIONS. — Les héritiers *ab intestat* sont seuls des successeurs à la personne ; les légataires et les héritiers anomaux ne sont, même dans la doctrine française, que des successeurs aux biens.

Importance de cette distinction. — 1° *Au point de vue de l'obligation aux dettes.* — Les héritiers à la personne sont seuls tenus indéfiniment des dettes.

2° *Au point de vue de la saisine.* — Les héritiers à la personne sont seuls à avoir la saisine, sauf le droit de légataire universel.

§ VI. — SUCCESSIONS AUX IMMEUBLES ET SUCCESSION AUX MEUBLES

OBSERVATION. — Cette distinction n'intéresse que l'ancien droit, et dans le droit moderne, peu de législations, qui règlent différemment la succession selon qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles. Nous l'examinerons à sa place, au courant de notre étude.

§ VII. — SUCCESSION GRATUITE ET ONÉREUSE

OBSERVATION. — Cette distinction n'intéresse que le droit allemand qui seul admet l'institution contractuelle. Nous en parlerons à l'endroit convenu.

CHAPITRE PREMIER

DE LA CAPACITÉ ET DE L'INCAPACITÉ DE TRANSMETTRE PAR SUCCESSION

SECTION I^{re}

Notions générales et historiques

Toutes les législations modernes, à peu d'exceptions près, organisent des systèmes plus ou moins compliqués concernant la capacité d'acquérir par succession *ab intestat*, mais aucune d'elles ne s'occupe de la capacité de transmettre.

Au contraire, lorsqu'il s'agit de succession testamentaire — et de la succession contractuelle, dans les pays où celle-ci est permise — elles s'occupent non pas seulement de la capacité de recevoir mais aussi de celle de transmettre.

Ainsi, la loi française exige, que le testateur soit sain d'esprit (C. C. fr., art. 901,) elle interdit au mineur âgé de moins de 16 ans de tester pour qui que ce soit, (C. C. fr., art. 903) ; elle n'autorise le mineur âgé de plus de 16 ans

à tester que pour la moitié de ce dont il aurait pu disposer s'il était majeur (C. C. fr., art. 904).

Elle édicte aussi des incapacités spéciales de tester au profit de certaines personnes (C. C. fr., art. 907-909.)

A quoi tient cette différence? — Est-ce parce que, comme on le croit, le droit civil ignorait les incapacités de transmettre par succession *ab intestat* ?

Non, car le code connaissait l'incapacité de transmettre des morts civils pour les biens acquis postérieurement à la condamnation (C. C. fr., art. 33) ; il connaissait aussi l'incapacité de transmettre qui frappait les étrangers. — Pourtant s'il consacrait un article (33) à l'incapacité de transmettre des morts civils et un autre (725) à l'incapacité de recevoir, il ne s'occupait, quant aux étrangers, que de leur incapacité de recevoir (art. 726). — On ne peut pourtant pas dire des étrangers qu'ils étaient pleinement capables de transmettre.

HISTORIQUE. — L'incapacité de transmettre a varié selon l'époque, et il n'en reste presque plus de traces en droit moderne.

DROIT ROMAIN. — Pour avoir la capacité de laisser une succession, il fallait, en droit romain, avoir la capacité de se créer un patrimoine ; car si l'on peut concevoir le droit d'avoir un patrimoine, sans celui de le transmettre, on ne saurait au contraire concevoir le droit de transmettre par succession si l'on n'a pas eu d'abord celui de posséder un patrimoine.

Et si chez nous ce droit est un des attributs de la personnalité, il n'en était pas de même à Rome pour les esclaves — dont on disait : *servi nullum caput habet* — et

pour les pérégrins et les personnes *in patria potestate* ¹.

ANCIEN DROIT. — *Mort civile*. — Les morts civils dans l'ancien droit n'étaient frappés de l'incapacité de transmettre que dans certaines coutumes où l'on pratiquait le droit de confiscation du Roi ou des seigneurs justiciers du territoire dans lequel se trouvaient les biens du mort civil. Dans d'autres coutumes cette incapacité était inconnue et le condamné pouvait transmettre sa succession ².

Le Code Civil avait décidé que la succession du mort civil s'ouvrirait le jour même où cette mort était encourue (C. C., art. 25). Il décidait que les biens acquis postérieurement à la condamnation, seraient attribués à l'État, par droit de déshérence ³ (C. C., art. 33).

SECTION II

De l'incapacité de transmettre des étrangers et de la capacité de recevoir de l'État

§ I. — POSITION DE LA QUESTION

Les étrangers étaient incapables de laisser une succession : c'était là un droit civil qui leur était refusé. Il va de soi que si l'étranger obtenait la jouissance des droits civils, il acquérait par là même le droit de transmettre sa succession. Autrement ses biens étaient dévolus au Roi par

(1) Girard, *Manuel de dr. rom.*, p. 838. Mais bientôt on reconnut à ces dernières la capacité d'avoir des pécules, ce qui amena la capacité de les transmettre par succession.

(2) Pothier, *Intr. à la cout. d'Orl.*, p. 2.

(3) La mort civile a été abolie. Voyez, *infra*, p. 135.

droit d'aubaine¹. C'était une institution extensive du droit de déshérence².

« Mais la raison naturelle qui attribue aux enfants, les biens de leurs parents, pourvu qu'ils aient la capacité de les recevoir, l'a emporté et ceux-ci furent préférés » à la condition toutefois d'être nés en France.

D'autres exceptions à l'incapacité des étrangers, furent admises soit au profit des rentes créées par le Roi; soit en faveur des marchands qui fréquentaient la foire de Lyon, pour leur succession mobilière; soit aux sujets de certaines nations dont les pays avaient des traités avec la France : aux diplomates, etc.³.

La loi des 6 et 8 août 1790, ayant aboli le droit d'aubaine que le Code n'a pas rétabli, les étrangers ont eu depuis la capacité de transmettre⁴.

Les Français naturalisés à l'étranger. — Cette incapacité n'existait que dans l'ancien droit. A cette époque, les étrangers ne pouvaient transmettre, or, le Français naturalisé à l'étranger était devenu un étranger pour la France. L'abolition de l'incapacité des étrangers a aussi fait disparaître cette incapacité.

Mais qu'arriverait-il si, actuellement, un étranger mourait en France, sans laisser d'héritiers ? Ses biens iraient-ils à l'État Français ?

On le pense généralement. Demolombe écrivait que « à

(1) Pothier, *Tr. des successions*, p. 323; Demolombe, XIII, n. 166 *ter*; Planiol, *op. cit.*, III, n. 1924.

(2) Viollet, *op. cit.*, p. 854.

(3) Pothier, *Tr. des successions*, p. 323 et s.

(4) Il en est de même dans la plupart des législations modernes.

défaut de tout successeur, la succession est dévolue à l'État à titre de déshérence en vertu des articles 539 et 713 du C. C., car il est évident qu'elle ne saurait être dévolue, *à ce titre*, au souverain du pays auquel l'étranger décédé, appartenait¹ ».

§ II. — NOUVELLE POSITION DE LA QUESTION

Or, si cela était évident à l'époque où écrivait Demolombe et si cela est encore évident de nos jours pour la plupart des cas, cela ne l'est pas pour tous. En effet, en droit français, l'État n'est pas un héritier; il n'acquiert la succession que par droit de déshérence, et il n'est pas admissible qu'une succession ouverte à l'étranger lui soit dévolue, *à ce titre*. —

Or — et je crois poser pour la première fois la question — il est des *législations qui ont changé ce titre*. C'est le cas du Code Civil Allemand et du Projet du Code Civil Hongrois — et qui attribuent la succession au fisc, non pas en vertu du droit de déshérence, *mais à titre d'héritier*. — Ainsi le fisc de Prusse est héritier légitime de tout prussien. Et ce n'est pas là un vain mot. Il n'y a pas seulement là changement de mot; il y a une évolution réelle de la notion du droit successoral du fisc, car celui-ci est maintenant un héritier légitime tout comme les parents.

Si la succession d'un Allemand s'ouvre en France, le fisc allemand y sera-t-il admis à recueillir ses biens? Pourra-t-il actionner en indignité un héritier allemand devant le Tribunal Français? Je pense qu'on ne saurait

(1) Demolombè, XIII, n. 166 *ter*; Planiol, *op. cit.*, III, n. 1924.

lui contester ce droit. Le fisc ne réclame rien en vertu d'un droit de déshérence, son titre a changé. Il est un héritier légitime, il doit être traité comme tel.

SECTION III

De l'incapacité de transmettre des religieux

§ I. — PRINCIPE GÉNÉRAL

Dans tous les pays, et notamment en France, la profession religieuse entraînait la renonciation au monde. Par suite, ceux qui se faisaient religieux perdaient par là même le droit de transmettre, tant par testament que par succession. Leur succession s'ouvrait au moment de leur changement d'état¹. Tout ce qu'ils acquéraient postérieurement, ils ne pouvaient plus le transmettre, parcequ'ils avaient perdu leur état civil et que par suite du vœu de pauvreté qu'ils avaient fait, ils ne pouvaient plus rien avoir en propre. Tout ce qu'ils acquéraient, appartenait, *jure peculii*, à leur mort, au monastère dont ils avaient fait partie². Leur situation était donc très nette.

§ II. — LÉGISLATION ROUMAINE

Il n'en a pas été de même en Roumanie avant la mise en vigueur du Code civil actuel.

Le pays était divisé en deux provinces : la Valachie et la Moldavie, régies chacune par des législations différentes.

(1) Voyez *infra*, p. 137.

(2) Pothier, *Tr. des successions*, ch. 1, t. 1, § 4.

I. — Législation de la Moldavie.

Le droit de transmettre des religieux était minutieusement organisé dans la Moldavie : Le Code de Callimaki, qui lui consacrait neuf articles d'une clarté et d'une précision impeccables (art. 761-769), donnait une solution différente selon qu'il s'agissait de la succession testamentaire ou de la succession *ab intestat* ; des biens antérieurs ou des biens acquis postérieurement à l'entrée au couvent. Pour ces derniers, la solution variait selon que c'étaient des biens acquis par succession ou des biens acquis par tout autre moyen

1° Succession testamentaire :

a) *Quant aux biens acquis antérieurement à l'entrée au couvent.* — Avant d'entrer au monastère, les religieux peuvent librement disposer de tous leurs biens, sauf à respecter le droit des réservataires (C. Callimaki, art. 762).

Après l'entrée au couvent, ils conservent le droit de tester ; mais ils sont obligés de laisser au couvent dont ils font partie une part d'enfant, s'ils laissent des descendants (*ibid.*, art. 763) ; un tiers, s'ils laissent des parents ou autres ascendants (*ibid.*, art. 764) ; deux tiers s'ils ne laissent que d'autres parents, que des descendants ou ascendants, ou s'ils ne laissent point de parents du tout (*ibid.*, art. 765).

b) *Quant aux biens acquis postérieurement à l'entrée au couvent.* — Si, au moment de se faire religieux, ils ont donné quelque chose au couvent, ils gardent pleine et entière liberté de disposer par testament, des biens

acquis par succession de leurs parents, postérieurement à l'entrée (*ibid.*, art. 766, al. 1). Mais, si à l'entrée, ils n'ont rien donné au monastère, leur liberté de disposer est restreinte, quant à ces biens, à deux tiers; ils sont donc obligés de laisser un tiers au couvent (*ibid.*, art. 766, al. 2).

Pour les biens acquis, autrement que par succession, ils ne pouvaient pas en disposer du tout, même pas au profit des réservataires : ces biens restaient acquis au couvent (*ibid.*, art. 769).

2° Succession *ab intestat* :

Si le religieux est mort sans testament, et laisse des héritiers réservataires, ceux-ci prélèveront leur réserve tant sur les biens antérieurs que sur les biens postérieurement acquis; la quotité disponible du défunt ira tout entière au couvent (*ibid.*, art. 767). S'il ne laisse aucun réservataire, tous ses biens sont acquis au couvent (*ibid.*, art. 963).

II. -- Législation de la Valachie.

En Valachie, la situation est loin d'être aussi claire, faute de textes précis. La doctrine et la jurisprudence sont cependant d'accord, pour admettre qu'en vertu du *Chrisor* de 1776 confirmé par les *Hatiserif* de 1802 et de 1827 et ensuite par le « *Ofis* » du Prince Barbu Démètre Stirbey, du 13 mars 1851, la profession religieuse est une cause d'ouverture de la succession dans le cas — mais dans ce cas seulement — où le religieux avait disposé de ses biens par testament avant l'entrée au couvent. Les institués pouvaient alors réclamer la délivrance des legs et l'exécution défi-

nitive du testament, comme si le testateur était réellement mort. *Mais si le religieux n'avait fait aucun testament avant d'entrer au couvent, ses biens étaient acquis, après sa mort, au couvent, représenté aujourd'hui par l'État*¹.

Cette solution est, à notre avis, inacceptable²; elle est en effet en contradiction avec les principes essentiels du droit successoral parce qu'elle ne permet à défaut de testament, ni l'ouverture de la succession *ab intestat* lors de l'entrée au couvent — comme cela se pratiquait dans l'ancienne France et dans les pays germaniques — ni l'ouverture de la succession *ab intestat* lors de la mort naturelle — comme cela avait lieu dans la Moldavie, et dans les pays voisins de la Roumanie, la Hongrie et l'Autriche, — et qu'elle ne donne pas non plus le droit de tester après l'entrée au couvent — comme cela était permis dans la Moldavie⁽³⁾.

Les textes sur lesquels on se base, pour donner cette interprétation, sont les suivants :

« Attendu que le » Chrisov, de l'année 1776 sur l'organisation des monastères, décidait que : *Il est convenable — se cuvine* — que ceux qui ont aimé la vie du monastère, règlent d'abord par acte de dernière volonté, toutes les affaires qu'ils ont eues préalablement et distribuent leurs biens à leurs auteurs ou à leurs parents, ou même à des

(1) Alexandresco, *op. cit.*, III, p. 225, note 4; Petresco, *op. cit.*, I, p. 83-86; Cass. roum., I, 17 nov. 1895, B., 95, p. 1311; et implicitement Tr. Ilfov., III, 5 mars 1896, Dr., 96, p. 357; Apel Buc, 14 déc. 1898, Dr., 99, p. 186; Cass. roum., Sect. unies, 16 nov. 1900, B., 1900, p. 1309.

(2) Nous ne connaissons dans l'histoire du Droit de solution aussi bizarre, sauf peut-être celle qui — s'il faut en croire certains auteurs — permettait aux vestales de tester, tout en leur refusant le droit de succession *ab intestat* (Girard, Manuel, p. 838, n. 3).

(3) Voyez *suprà*, p. 123.

étrangers s'ils le désirent et *ce qui restera de leurs biens* — ramasitele averi lor — les consacrant au monastère dont ils feront partie, y seront éternellement immobilisés; et non pas seulement du côté de leurs parents, si proches fussent-ils, ne devra plus être inquiété le couvent *dans ces biens* — într'unile ca acestea — mais même du côté des religieux s'ils voulaient les reprendre; et les juges n'accorderont pas d'action en reprise de ce fait, parce que ce qui a été consacré à Dieu, est éternellement inséparable¹.

« Attendu que le Hatiserif impérial de l'année 1802, lu dans l'assemblée du pays, le 1^{er} novembre de la même année, renferme *une disposition identique dans les termes suivants* — o asemenea dispozitie în termenii următorii — : Si un membre du clergé séculier vient à mourir, nul ne pourra demander ses biens qui serviront comme un revenu de la maison des pauvres, indigents et autres entreprises charitables, et si c'était un membre du clergé régulier ses biens seront acquis au monastère auquel il a été consacré².

(1) Nous n'avons pas les originaux devant nos yeux; nous citons ces actes d'après les recueils de lois et les auteurs. D'ailleurs, cela est suffisant, puisque c'est d'après eux qu'on raisonne.

(2) Nous donnons aussi le texte roumain, pour ceux de nos lecteurs qui connaissent cette langue, attendu que l'interprétation que nous lui donnons ressort encore mieux du texte roumain.

Ofisul Domnesc sub No. 558 din anul 1851 Mart 13.

Noi Barbu Dimitrie Stîrbei s. c. l.

Vazand ca Domnescul chrisov din anul 1776, în privinta rânduelilor, Manastirilor, coprînde si ca : « *Se cuvine acelor* ce o data a iubit viata cea calugareasca, întâi toata încurcarea alisverisurilor care au avut întru viata cea mai dinainte, taind'o ca prin diata de moarte bine sa'si rânduiasca toate ale sale, împartind averea sa la parinti si la rudentii, sau si altor cui li s'ar para cu cuviinta; iar *ramasitele averii lor, închinindu-le mînastirii* intru care sa vrednicesc tunderii, sa ramîe de pururea nemiscate; si nu numai despre

(b) *Critique de la doctrine et de la jurisprudence.* — Deux questions préliminaires se posent d'abord.

Y a-t-il là deux textes indépendants qu'il faut examiner séparément, et, si cela est, quel est le texte auquel le Prince entendait se référer en 1831? Sur la première question, il est incontestable que ces deux textes, autant celui de 1776 que celui de 1802, voulaient dire la même chose, c'est ainsi du moins que l'entendait le Prince. — Le texte de 1831 ne laisse aucun doute à ce sujet; après avoir cité le Chrisov de 1776, il ajoute que le Hatiserif de 1802 renferme « *une disposition, semblable dans*

rudenii, macar cât de aproape, sa nu fie suparata manastirsa *intr'unile ca acestea* ci si însusi aceia de ar vrea sa le ia inapoi *cele inchinate* sa nu poata-nici sa se asculte de catre dregatori cererea lui, *fiind ca cele ce s'au inchinat* lui Dumnezeu, sunt deapururea nedespartite. »

Vazând ca si înaltul împaratesc Hatiserif din anul 1802 citit în Divanul Tarii la zi întâia a lunii Noembrie a aceluiași an, coprinde o *asemenea dispozitie in urmatorii termini* :

« Din calugari, ce nu sunt legati la manastiri si mitropolie, murind cineva, *avutia lor ce le ramâne* sa nu se ceara de nimeni, ci sa se faca taxilul prin marafetul Domnilor de pe vremi ca un venit casei ce se cuvine la saraci si la sarmani si la alte fapte bune : iar din calugari ce sunt legati la manastari, de va muri cineva, averea lor sa se ia ca un venit manastirei la care a fost închinat. »

Vazând ca aceasta legiuitoare dispozitie s'a statornicit în urma de catre raportul Grigorie Voda Ghica în anul 1827, prin Înaltul Împaratesc Hatiserif, ce a gasit de trebuinta a aduce atunci înnoitor celui din anul 1801,

Poruncim departamentului, ca prin circularile sale, sa impartaseasca deose bitelor trepte judecatoresti rostita în sus dispozitie, ca nu cumva vre una sa piarza din vedere *bazele mai sus expuse*, pe care urmeaza a'si întemeia orice hotărâre de judecata asupra pretentiilor de mostenire a averii vreunui obraz calugaresc încetat din viata.

D-l Sef al Departamentului Dreptatii va aduce la îndeplinire *coprinderea* acestui ofis, pe care o va obsti prin glasul *Buletinului* si al *Gazetii*.

(Publicat în *Buletinul Oficial* No. 25, anul 1851).

les termes suivants ». Il n'y avait donc que les termes qui variaient; la disposition était identique¹.

Sur la deuxième question ; il est certain que c'est uniquement le Chrisov de 1776 que le Prince considère et dont il recommande l'application dans la Principauté. S'il cite le Hatiserif de 1802, c'est simplement à titre de document historique.

On ne saurait objecter que le Prince a entendu observer ici l'ordre chronologique. Son langage ne laisse aucun doute sur ses intentions : attendu que le Chrisov de 1776 décidait.... et que le Hatiserif de 1802 l'a confirmé..... nous ordonnons l'application de la disposition citée ci-dessus. Ce qui est cité, c'est le Chrisov de 1776, et non pas le Hatiserif de 1802. D'ailleurs la jurisprudence est en ce sens².

Que voulait donc dire exactement le Chrisov de 1776 ?

Qu'il est convenable — SE CUVINE — que ceux qui se des-

(1) Si nous soulevons cette question, c'est qu'un des auteurs roumains les plus éminents, M. Alexandresco, professeur à la Faculté de Jassy, s'appuie sur le Chrisov de 1776 pour dire que dans le cas où un religieux avait fait un testament, sa succession s'ouvrait dès l'entrée au couvent et ce qui restait de ses biens appartenait après sa mort naturelle au monastère, et s'appuie ensuite sur le Hatiserif de 1802 pour décider que « si le moine n'avait pas fait de testament, tout son patrimoine appartenait à sa mort au couvent, aujourd'hui représenté par l'État.

Or s'il est vrai qu'on peut tirer cette dernière conclusion du Hatiserif de 1802 si l'on considère celui-ci comme un texte indépendant et prévoyant une espèce déterminée, il n'en est plus de même s'il est démontré que ce fragment de texte n'est à son tour que l'interprétation et la confirmation *partielle* — car il ne prévoit plus l'hypothèse du testament — du Chrisov de 1776. — Si l'on interprétait le Hatiserif tout seul, on devrait exclure même la possibilité d'une succession testamentaire avant l'entrée au couvent.

(2) Voyez les jurisprudences citées p. 125, n. 1 et particulièrement l'arrêt de la Cassation de 1875

tiennent à la profession religieuse distribuent par testament, leurs biens, avant d'entrer au couvent¹;

Qu'ils peuvent tout distribuer à leurs parents et même à des étrangers²; et que si après cette répartition *il leur reste quelques biens* — RAMASITELE AVERI LOR — *il est convenable* qu'ils les donnent au couvent dont ils vont faire partie³.

Que *sur ce restant de biens* — INTR'UNILE CA ACESTEA — et dans l'hypothèse où ils ont été réellement consacrés — CELE INCHINATE — tant les parents les plus proches que le religieux lui-même, s'ils voulaient les reprendre ne pourront plus rien⁴;

C'est là tout ce que dit notre texte et rien de plus.

C'est un avis qu'il donne à ceux qui embrassent la vie religieuse : il leur conseille de briser avec la vie passée; de distribuer leurs biens; de consacrer ce qu'il leur restera au couvent. — Il édicte en outre, des mesures de protection pour les biens consacrés. — Mais il ne dit nullement que s'ils n'ont pas fait de testament tout leur patrimoine sera acquis au couvent. — Si le Hatiserif de 1802 dit qu'à la mort d'un membre du clergé régulier, ses biens seront acquis au monastère, il fait allusion *au restant des biens consacrés* à l'entrée au couvent. Car le Hatiserif de 1802 confirmait le Chrisor de 1776, — c'est ainsi du moins que l'entendait le Prince — et le Chrisov de 1776 ne défendait toute action en reprise qu'à l'égard des biens

(1) Comp. C. Callimaki, art. 762, *suprà*, p. 132.

(2) Comp. Callimaki, art. 762 combin., art. 766, *suprà*, p. 133.

(3) Comp. C. Callimaki, art. 762, combin., art. 766, *suprà*, p. 133.

(4) Cela ressort mieux encore du texte roumain, dont le langage étant vieux est assez difficile à traduire. C'est pourquoi nous avons donné le texte roumain pour les lecteurs qui connaissent cette langue.

consacrés. — Il ne disait nullement qu'à défaut de testament fait avant l'entrée, le religieux perdra pour l'avenir le droit de disposer et que ses biens seront tous acquis au monastère, même à l'encontre des réservataires.

c) *Non applicabilité de ces textes sous l'empire du Code civil actuel.* — Si nous avons insisté longuement sur l'état de la législation en cette matière c'est que son intérêt est considérable en Roumanie. — En effet, il s'agit de textes qui ont été en vigueur jusqu'à la veille de l'application du Code civil. — Le Code civil a-t-il entendu les abroger ?

La question s'est présentée souvent et la jurisprudence n'est fixée que depuis 1900. — La doctrine n'est pas d'accord. — Selon quelques auteurs, ces dispositions sont encore en vigueur nonobstant l'article 1912 du C. C. Roum. qui abroge toutes les lois antérieures, car — dit-on — cet article doit s'entendre ici dans le sens que les lois canoniques ont été abrogées seulement dans ce qu'elles ont de contraire au droit actuel. Mais à la suite de la loi de sécularisation du 17 décembre 1863, les couvents sont de nos jours représentés par l'État¹.

La jurisprudence a varié. — La Cour de cassation s'était prononcé en 1893 dans le sens de cette doctrine, argumentant de ce que le droit canon a été reconnu tant avant qu'après la mise en application du Code civil, comme par exemple la loi du 19 décembre 1872 sur les élections des métropolitains, notamment dans les articles 2 et 8 de cette

(1) Alexandresco, *op. cit.*, III, p. 225, note 4 *in fine*. M. Dissesco, l'admirable professeur de la Faculté de Bucarest, l'un des plus versés dans les affaires religieuses, a soutenu cette thèse devant la Cour de Cassation en 1900, mais la Cour lui a donné tort.

loi; elle disait en outre que l'article 1912 du C. C. n'a pu abroger le droit canon étant de principe qu'une loi spéciale ne saurait être abrogée par une loi générale postérieure, à moins d'une disposition expresse¹.

Mais les Tribunaux et les Cours n'ont pas adopté l'interprétation donnée par l'arrêt de 1895².

Aussi, la Cour de cassation, toutes sections réunies, a-t-elle tranché définitivement le débat en revenant sur l'arrêt de la première chambre de 1895, argumentant de ce que l'article 21 de la Constitution reconnaît l'autonomie de l'Eglise orthodoxe, mais ne lui donne que le droit de s'occuper des affaires spirituelles et de la discipline des religieux; que la loi du 19 décembre 1872, dans son article 14, défend à l'autorité sinodale d'établir des règlements qui ne sont plus en conformité avec la loi civile du pays, quand bien même ces règlements reposeraient sur des canons; que si des canons admettaient le droit de succession des couvents, ils étendraient leurs effets sur des personnes civiles qui perdraient leurs droits; que le droit successoral est un droit d'acquérir la propriété qui découle de la loi civile qui l'a édicté; que le Code civil édicte des droits successoraux et c'est à lui seul de s'en occuper; qu'enfin l'article 1912 du C. C. abroge toutes les lois antérieures contraires³.

(1) Cass. roum. I, 17 nov. 1895, B., 95, p. 1311.

(2) Trib. Ilfov, III, 5 mars 1896, Dr 96, p. 357; Apel Buc, I, 14 déc. 1898, Dr 1899, p. 53.

(3) Cass. roum., Sect. unies, 16 nov. 1900, B., 1900, p. 1309. — Dans le même sens, Petresco, *op. cit.*, I, p. 86. La question s'est présentée pour la Moldavie aussi, et la Cour de Jassy a décidé dans le même sens. Dr 1895, n. 63, cité par Alexandresco, *op. cit.*, III, p. 225, note 1 *in fine*.

§ III. — DE LA CAPACITÉ DES RELIGIEUX EN DROIT MODERNE

Les lois modernes ne font plus de distinction entre un religieux et un civil. Mais il en est qui tout en leur permettant de transmettre par succession, édictent des règles particulières. Ainsi en Hongrie si un membre du clergé régulier meurt *intestat*, sa succession est divisée en trois parts égales dont une à l'Église, la deuxième au Fisc et la troisième aux parents les plus proches. — A défaut de parents le dernier tiers est partagé entre l'Église et le Fisc. — La succession des membres du clergé séculier morts *intestat*, est ainsi répartie : un tiers est donné à l'Église, un tiers distribué aux pauvres et le dernier tiers aux parents, et, à défaut au Fisc. — Si les parents sont indigents, ils prennent la moitié de tous les biens ¹.

Des règles sensiblement identiques s'appliquent en Autriche ².

(1) Carl Putz, *System des Ungarischen Privatrechts*, p. 358.

(2) Voyez pour l'Autriche, Roguin, *Les Successions*, 1, n. 83 et l'auteur qu'il cite.

CHAPITRE II

DE L'OUVERTURE DE LA SUCCESSION « AB INTESTAT »

SECTION I

Notions générales

Il en résulte de l'examen de ces différents textes de loi que la succession à un patrimoine est ouverte, lorsque le titulaire de celui-ci vient à disparaître.

C'est de la tombe du *de cuius* que surgissent les droits des héritiers sur ses biens.

Ces droits, les héritiers peuvent les détenir en vertu de titres divers, mais qui ont été strictement déterminés. Ce peut être, tantôt la volonté dernière du défunt manifestée dans un testament, tantôt sa volonté présumée exprimée par la loi tantôt la volonté de la loi¹ — ce peut être aussi — comme dans les législations de la famille allemande (Allemagne, Autriche, Hongrie), — une convention entre vifs passée entre le *de cuius* et son héritier.

On appelle la première, succession testamentaire ; la

(1) Voyez *suprà*, p. 43 et s.

deuxième, succession légale ¹, légitime ou *ab intestat* ; la troisième, réserve ; la quatrième, succession contractuelle. Celle-ci se divise à son tour en institution contractuelle ou contrat d'institution d'héritier : *Erbvertrag*, et legs contractuel : *Vermächtnisvertrag* ².

Mais quel que soit le titre sur lequel se fonde l'héritier ; testament, volonté présumée, loi ou contrat, son droit « ne commence » qu'à la mort de celui à qui il doit succéder, pour nous servir de la formule négative qu'emploie le Code Autrichien, formule qui a l'avantage d'exclure l'idée d'un droit de l'héritier du vivant du *de cuius*, que connaissait le très ancien droit et qui passa dans l'ancien droit allemand sous le nom de *Wartrecht* ³.

(1) A l'avenir, pour plus de clarté, nous nous servirons des termes couramment employés, bien que nous ne reconnaissons pas de succession légale autre que la réserve.

(2) Le Droit français possède une source particulière de droits pour l'héritier : la donation à cause de mort qui se fait par contrat de mariage ou même par contrat de donation pourvu que dans ce dernier cas, elle ne soit pas incompatible avec le principe de l'irrévocabilité. On pourra donc convenir que le donataire survit et la donation produit des effets ;

(3) La coutume Bourgonde donnait au fils — en conséquence de l'idée de la copropriété de famille — le droit de liquider du vivant même du père, les biens communs régis par son père (Viолlet, *op. cit.*, p. 561 et 818).

C'est en vertu de cette même conception que l'ancien droit connaissait la succession aux propres et la succession aux acquêts, et que l'ancien droit allemand accordait aux héritiers un droit sur les biens du vivant du *de cuius*. Celui-ci ne pouvait pas aliéner de son vivant les biens qui lui sont venus par succession sans l'autorisation de ses héritiers les plus proches (Siegel, *op. cit.*, p. 89). « *Wass ein mal in Erbgang gekommen muss in dem Ergange bleiben* ». L'héritier naît ainsi pour les biens, dans la doctrine de l'ancien droit allemand, et il faut les lui conserver à tout prix. — L'héritier qui était contraire à l'aliénation devait s'y opposer formellement, faute de quoi, il perdait son droit au bout d'un an et un jour. Le *Sachsenspiegel* lui accordait même une action en restitution du vivant de l'aliénateur (Siegel, *op. cit.*, p. 87-89 ; Schulte, *op. cit.*, p. 528-530). — Mais on pouvait disposer librement des acquêts ; l'hé-

Si c'est la mort qui donne ouverture aux droits des héritiers — en nous plaçant au point de vue exclusif de la succession *ab intestat*, — le fait de la mort est nécessaire mais n'est pas suffisant.

Il faut encore des circonstances de droit qui s'y ajoutent. Mais une fois ces circonstances produites, elles remontent rétroactivement dans le passé et la succession *ab intestat* est censée ouverte le jour du décès.

SECTION II

Des causes d'ouverture de la succession

§ I — DES CAUSES QUI AUTREFOIS DONNAIENT OUVERTURE A LA SUCCESSION

I. — *Circonstances de droit*

a) *La mort civile*. — Aux termes de l'art. 718, C. C. Fr. et C. C. Belge, la mort civile donnait ouverture à la succession. La mort civile était une peine accessoire à la peine de mort, des travaux forcés à perpétuité et de la dépor-

ritier n'avait aucun droit sur eux : *Hat er a'ir Güt daz her erbeitet hat, daz mac er geben* ou *Er mach mit seine Ghewunnenen Güde dun wat he will*. (Mais s'il a un bien qu'il a acquis, il peut le donner, ou, il peut faire de ses acquêts ce qu'il voudra.) (Siegel, *op. cit.*, p. 71 .

Le droit allemand moderne connaît encore ce droit de l'héritier du vivant du propriétaire, dans le cas des *Erbgütter*. — Si un bien rural a été converti en *Erbgut*, le propriétaire ne peut plus l'aliéner ou le charger sans consulter préalablement le *Anerbe* qui peut s'y opposer avec de justes motifs (Edmond Lefébure, *Le droit successoral paysan en Allemagne*, p. 12-13).

tation¹, qui entraînait la dissolution du mariage, la perte des droits civiques et politiques et la perte des droits civils. *La capacité de transmettre par succession, étant du droit civil*, et le mort civil ayant perdu ses droits civils dès que la peine était prononcée, sa succession s'ouvrait-elle au moment même de sa condamnation².

Le droit romain connaissait déjà une cause d'ouverture de succession de ce genre. C'était le cas de condamnation entraînant la perte de la cité ou de la liberté³.

Dans l'ancienne France, certaines coutumes ignoraient la mort civile ; on y appliquait, dans le cas où on a encouru condamnation capitale, la confiscation⁴.

La mort civile a été abolie en Belgique par une loi de 1837 et l'article 13 de la Constitution belge défend son rétablissement pour l'avenir.

En France, la loi du 31 mai 1854 a remplacé la peine de mort civile dans les cas prévus par l'article 18 du Code pénal, par l'incapacité de recevoir à titre gratuit, ou de faire un testament : désormais, le condamné pourra bien transmettre ses biens par succession *ab intestat* mais il ne sera plus, en aucune façon, capable de recevoir.

La plupart des législations européennes postérieures

(1) Voyez C. P. Fr., art. 18.

(2) L'art. 719 C. C. Fr. et C. C. Belge disposait : La succession est ouverte par la mort civile, du moment que cette mort est encourue, conformément aux dispositions de la section II du chapitre II du titre de la *Jouissance et de la privation des droits civils*.

(3) D. Lib. XLVIII, tit. XX, l. 1, princ.

(4) Pothier, *Introduction à la cout. d'Orléans*, ch. 1, s. V, § 1

à 1854 ne mentionnèrent même plus la mort civile ¹, et là où elle existait, elle a été supprimée ².

b) *La profession religieuse*. — Par suite de la renonciation au monde qui résulte de la profession religieuse, les religieux étaient réputés morts. Par suite de la perte de leur état civil, ils perdaient pour l'avenir la capacité de transmettre par succession. « Aussi leur succession s'ouvrait dès le dernier instant qu'ils ont joui de leur état civil, lequel instant est uni à celui de leur profession qui le leur a fait perdre, de la même manière qu'il le dernier instant de la vie naturelle est uni à celui de la mort ³. »

Dans l'ancien droit roumain, la question était résolue de façon différente selon les provinces. Dans la Moldavie, le Code de Callimaki permettait aux religieux de tester, même après l'entrée dans la profession ⁴, et organisait leur succession *ab intestat* au moment de leur mort naturelle ⁵.

(1) Le Code civil roumain l'ignore, mais la législation antérieure de la Moldavie, la connaissait. *Code de Callimaki*, art. 692. « Le droit à la succession commence après la mort naturelle ou politique de celui à qui on succède ». — En Russie elle existait — peut-être existe-t-elle encore de nos jours — à l'époque où l'écrivait M. Zézas, en 1862. — La mort civile y était encourue pour toute condamnation entraînant privation de tous les droits de condition. — Des mesures étaient prises pour sauvegarder le droit des héritiers (Spyridon-Zézas, *Études historiques sur la législation russe, ancienne et moderne*, p. 251).

(2) En vertu de l'art. 1779, al. 2 combiné avec l'art. 355 C. C. Portugais, le droit pénal seul pouvait prononcer des incapacités. — Le Code pénal avait édicté l'incapacité de transmettre accessoirement à la condamnation à mort. — Cette peine a été abolie en 1867 (G. Laneyrie et J. Dubois, *Le C. C. Portugais* adnotation à l'art. 1779).

(3) Pothier, *Introd. à la cout. d'Orléans*, ch. 1, V, § 2.

(4) Code de Callimaki, art. 762, 763. Voyez *suprà*, p. 132 s.

(5) *Ibid.*, art. 767, 963.

sous certaines conditions que nous avons déjà indiquées ¹. Dans la Muntenie, l'opinion générale est en sens contraire ; mais il n'y a pas de textes très clairs. On pense qu'au contraire le religieux qui à l'entrée de sa profession n'avait pas eu soin de tester, perdait et ce droit et celui de transmettre par succession *ab intestat* ².

L'incapacité qui frappait les religieux fut relevée par suite de la décision de l'Assemblée constituante de ne plus reconnaître les vœux de pauvreté ³. Depuis, les religieux conservent leur capacité de transmettre. Il en est ainsi dans toutes les législations modernes.

c) *Perte de la force physique*. — L'ancien droit allemand qui était rigoureusement positiviste et n'accordait des droits qu'à ceux qui étaient en état de les défendre — on fait tout le contraire de nos jours — concevait, conformément à son esprit, que le pouvoir d'un homme sur sa chose ne durait réellement qu'autant qu'il était maître de la force de son corps — *als er seines Körpers gewaltig war*. — Il en résultait naturellement que celui qui était malade perdait en fait le pouvoir sur sa chose et en droit la capacité d'en disposer. Néanmoins, certaines coutumes lui laissaient la libre disposition de sommes insignifiantes ⁴.

Cette destitution du père par le fils, chez les Germains, est d'origine très lointaine ⁵ et s'est prolongée à travers

(1) Voyez *suprà*, p. 132 et s.

(2) Nous pensons que cette règle comporte quelque difficulté. Voyez *suprà*, p. 131 s.

(3) Planiol, *op. cit.*, III, p. 519, n. 1.

(4) Siegel, *op. cit.*, p. 72.

(5) Ihering, *Les Indo-Europ. avant l'histoire*, p. 49-50. -- Chez les Germains les enfants abandonnaient ou tuaient leurs parents lorsqu'ils étaient vieux.

les siècles en se transformant dans deux institutions juridiques connues : le *Wartrecht* ¹ et l'*Altentheil* ou réserve des biens ruraux.

§ II. — CAUSES QUI ACTUELLEMENT DONNENT OUVERTURE A LA SUCCESSION

I. — Circonstances de fait

a) *Mort naturelle*. — D'après les lois civiles modernes, l'événement qui ouvre naturellement la succession *ab intestat* est le fait de la mort.

Si nous précisons qu'il s'agit des lois civiles modernes, c'est qu'il n'en a pas toujours été ainsi.

En effet, à Rome, cette règle n'était point rigoureusement exacte. La mort y était une condition nécessaire, mais non suffisante. Il fallait encore — pour qu'il y eût succession *ab intestat* — la certitude de la non existence d'une hérédité testamentaire : *eo tempore quærendum est quod certum est aliquem sine testamento decessisse* ²

Or, le moment où il y avait certitude de la non existence d'un testament, pouvait très bien se confondre avec celui du décès s'il n'existait réellement pas de testament, où si celui-ci était devenu *nullum, injustum, ruptum* ou *irritum* avant le décès du testateur, mais il pouvait aussi bien être de beaucoup plus lointain, comme au cas où le testament valable le jour du décès était annulé, abandonné ou défailli après, soit pour cause d'inofficiosité, soit pour

(1) Voyez *suprà*, p. 72

(2) Inst., 3, 1, *De her. q. ab. int. def.*, 7. (Il faut considérer l'époque où l'est devenu certain que le *de cuius* est mort sans testament.)

cause de répudiation, soit encore pour cause d'incapacité des héritiers survenue postérieurement au décès du testateur¹.

Dans ce cas et dans d'autres semblables, la succession *ab intestat* ne s'ouvrait que le jour où il était certain qu'il n'y avait plus de succession testamentaire et non pas le jour du décès du *de cuius*. Cette conception conduisait forcément à des conséquences tout à fait différentes de celles que tire le droit moderne du principe que la succession *ab intestat* est toujours ouverte — effectivement ou par suite de la rétroactivité — au jour du décès.

Pour n'en citer qu'une, et des plus intéressantes, la capacité des héritiers devait s'examiner, non pas le jour du décès, mais le jour de l'ouverture réelle de la succession *ab intestat*. Mais on exigeait néanmoins que les héritiers fussent au moins conçus à l'époque du décès. Nous verrons que le droit autrichien, qui, seul, de toutes les législations qui ont subi l'influence du droit romain, a conservé le principe de la dévolution réelle, ne demande au successible la capacité de succéder que le jour de cette dévolution et dépassant le droit romain, n'exige même pas qu'il soit né ou conçu le jour du décès².

II. — *Circonstances de droit*

a) *Testament partiel ou non valable*. — Tandis que le fait de la mort est la seule cause qui puisse donner ouverture à une succession testamentaire ou contractuelle, la succession *ab intestat* peut s'ouvrir par suite de nombreuses

(1) Ortolan, *Institutes*, n. 996; Girard, *Manuel*, n. 839.

(2) V. *infra*, p. 182 s.

circonstances de droit. La plupart des législations sont muettes à cet égard ¹. D'autres posent un principe général ; d'autres enfin, imitant sur ce point le droit romain, donnent des énumérations plus ou moins longues ou plus ou moins complètes ².

En combinant les dispositions de ces dernières législations, nous obtenons la liste suivante des circonstances de droit, qui donnent ouverture à une succession *ab intestat* :

1° Lorsque le défunt meurt sans testament valable ;

2° Lorsque par testament il ne dispose pas de tous ses biens ;

3° Lorsqu'il n'a pas laissé la portion requise aux réservataires ;

4° Lorsque le testament est devenu caduc par suite de l'incapacité ou du prédécès du légataire ; de la défaillance de la condition suspensive ou de la répudiation.

Ces énumérations législatives ne sont pas sans défaut. Ainsi l'article 912 du Code civil Espagnol, consacre deux alinéas, 3° et 4° à des causes identiques, car la réalisation de ces deux conditions frappe de caducité la disposition testamentaire ; il en est de même des alinéas 1° et 4°, la réalisation de toutes deux pouvant rendre le testament nul.

Ainsi, l'incapacité de l'institué, lorsqu'elle est antérieure à l'ouverture de la succession (art. 912, al. 4, C. C. Esp.) rend le testament nul et nous rentrons alors dans le

(1) Le Code civil roumain est de ceux qui sont muets sur la question. Mais la législation antérieure ne l'était pas. — Le Code de Callimaki, art. 912, donnait une énumération identique à celle de l'art. 727 C. C. Autrichien. — D'ailleurs, le Code de Callimaki, est, dans son ensemble, d'origine autrichienne.

(2) Voyez le Tableau des législations comparées, *suprà*, p. 142-143.

1^{er} alinéa de l'article 912; mais lorsqu'elle survient postérieurement à l'ouverture de la succession, elle rentre, avec les causes énumérées au 3^e alinéa dans la caducité. Aussi est-il bien préférable d'adopter la législation du second groupe (C. C. Italien, art 720, al. 2) qui pose ce principe général : qu'il y a lieu à la succession légitime toutes les fois que l'hérédité testamentaire fait défaut en tout ou en partie; à moins toutefois de préférer les législations du premier groupe — qui est le système des législations les plus récentes — et de n'en rien dire du tout, car la chose est bien trop simple et trop élémentaire pour qu'elle mérite une disposition spéciale; à moins qu'on ne veuille aussi — et c'est là notre avis — supprimer même l'article 718 du Code Civil Français et ses équivalents étrangers, parce que inutiles. Nous n'avons plus qu'une remarque à faire. Le droit a changé de solution pour les hérédités *intestat* partielles. La règle célèbre du droit romain¹ défendait le concours des successions testamentaire et *ab intestat*.

Au contraire, en droit moderne, il y a compatibilité entre ces deux modes de succéder. Cela est possible même en droit autrichien, qui est un des Codes qui a le plus d'attaches avec le droit romain, et cela malgré la prépondérance qu'il accorde à la succession testamentaire et bien que pour défendre le principe intangible de la liberté de tester, il ignore la saisine et oblige tous les héritiers indistinctement, à s'adresser à la justice, par un acte de volonté unilatérale : *Erbserklärung*².

(1) Voyez *suprà*, le Tableau des législations comparées, p. 143-143.

(2) Comp. C. C. Autrichien, art. 547 et 740. — Freiherrn von Anders, *Grundriss des Erbrechts*, p. 5.

b) *Terme d'un an.* — L'Angleterre, de nos jours encore, est un des rares pays où la dévolution de la succession immobilière se fait d'après d'autres règles que celles de la succession mobilière. La première seule constitue la succession ; *Ynheritance* ; la seconde, s'appelle *distribution*. Et cette distribution de la fortune mobilière, en cas de décès *intestat*, n'a lieu qu'un an après le décès du *de cujus* ¹, selon les règles que nous exposerons.

SECTION III

De la preuve du décès

I. -- Importance du moment du décès

Le moment précis du décès, présente, au point de vue de la transmission successorale, une importance considérable. En effet :

1° C'est à ce moment précis que la succession est ouverte ;

2° C'est à ce moment qu'on se place pour déterminer exactement l'existence, la capacité, l'ordre et le degré de parenté des successibles, ainsi que leur nombre ² ;

3° C'est dès ce moment que la propriété est acquise, de plein droit, aux héritiers qui réunissent les conditions requises et à eux seulement ³, de façon à ce que ayant

(1) Lord Makenzie, *Studies*, p. 327.

(2) Il n'en était pas de même en droit romain où on ne considérait à ce moment que l'existence, alors que pour les autres conditions on se plaçait au moment de la dévolution réelle de la succession *ab intestat*. Voyez *suprà*, p. 149. Il n'en est pas de même non plus en droit autrichien moderne. Voyez *infra*, p. 182 s.

(3) Il n'en était pas de même en droit romain ; et il n'en est pas de même non plus en droit autrichien moderne. — Voyez *infra*, p. 182 s.

acquis le droit ils le transmettent à leurs ayants cause, même s'ils venaient à mourir avant d'avoir exercé la faculté d'option qui leur est laissée ;

4° C'est à ce moment qu'on se place pour préciser exactement la portion à laquelle ont droit les différents héritiers existants ¹ ;

5° C'est à ce moment que commence l'indivision entre les cohéritiers et c'est à ce moment que remonte l'effet déclaratif du partage ;

6° C'est la loi en vigueur en ce moment qui réglera la transmission successorale.

II. — *De la preuve du décès*

C'est par un acte de décès que le fait de la mort se prouve, conformément aux règles générales sur les actes de l'état civil. Conformément aux mêmes règles, s'il n'y a pas eu de registres d'état civil, où s'ils sont perdus, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins (C. C. Fr., art. 46 ; C. C. Roum., art. 33).

La double hypothèse de l'article 46, est-elle de droit strict, on peut-on l'interpréter extensivement ? C'est dans ce dernier sens, qu'à juste titre, se prononcent et la jurisprudence et la doctrine. On admettra donc la preuve par témoins en dehors des hypothèses légales. Ainsi, on prouvera par tous les moyens le décès, pour le cas où les registres ont été tenus d'une façon intermittente, qu'ils ont subi des mutilations ou qu'il y a eu omission d'un acte isolé ou si l'acte notarié qui contenait une reconnaissance

(1) Cass. roum., I, 23 juin 1900 ; B. 1900, I, 853.

(2) Cass. roum., I, 23 mai 1890 ; B. 90, I, 638.

d'enfant naturel — et qui sert dans l'espèce d'état civil, — a été perdu ¹.

Dans ces différentes hypothèses, le représentant du *de cujus* aura à administrer deux preuves successives, d'abord celle de l'impossibilité où il se trouve de se procurer l'acte du décès et ensuite la preuve du décès lui-même.

III. — *De la preuve du moment précis du décès.*

Mais le fait de la mort en lui-même, ne suffit pas pour prétendre à la succession; il faut encore prouver le moment précis où cette mort est survenue, car c'est de la détermination exacte de cet instant que dépend la qualité de l'héritier.

La question soulève des difficultés. Alors que pour l'acte de naissance le législateur requiert l'inscription des jours heure et lieu de naissance (C. C. Fr., art. 57; C. C. Roum., art. 43), pour l'acte de décès il n'a rien ordonné de pareil (Comp. C. C. Fr., art. 79; C. C. Roum., art. 65). Cette différence de rédaction ne tient pas à une erreur. La raison — et elle est bonne — en est que, d'une part, il y a une difficulté insurmontable pour l'officier à établir par lui-même ce moment, et, d'autre part, le peu de créance que la loi attache aux témoignages des parents qui déclarent le décès et qui peuvent avoir un intérêt considérable à avancer ou à retarder le moment du décès. Ce danger n'existe pas, au contraire, pour les actes de naissance. Que l'on dise d'un enfant qu'il est né depuis deux jours alors qu'il l'était depuis trois, ou qu'il est né depuis trois jours alors qu'il n'était né que depuis deux, cela ne

1) Planiol, I, n. 536 et s.

tire pas à conséquence, puisque l'enfant acquiert des droits dès sa conception.

Mais si l'officier de l'état civil, malgré le silence de la loi, fait néanmoins mention des jour, heure et lieu du décès — et en fait cette mention se trouve dans tous les actes de décès, qui sont rédigés sur des formulaires imprimés — quelle en sera la force probante?

La question est controversée. Mais elle nous paraît très simple. Il est de principe que les actes de l'État civil doivent contenir tout ce que demande la loi et rien que ce que la loi demande. Dès lors, un acte de décès qui ferait la mention des jour, heure et lieu du décès, contiendrait plus que ce que la loi exige : la force probante absolue qui s'attache aux mentions de l'acte de décès, requises par la loi, ne couvrira pas la mention que la loi ne requiert pas, et qui sera réputée non écrite¹. Les parties pourront faire la preuve du moment de décès par tous les moyens, même par témoins et partant par présomptions².

Le juge pourra y voir un simple renseignement et il lui sera loisible de s'y référer, toutes les fois qu'il n'aura aucun autre moyen de constater l'époque du décès³.

1. Certains auteurs pensent néanmoins que le silence du législateur ne prouve pas son intention d'interdire la mention des jour, heure et lieu du décès ; mais que ce moment est présumé connu, attendu que ce n'est que 24 heures après le décès que l'officier peut délivrer le permis d'inhumer. Le moment de la mort serait ainsi établi et la mention des jour et heure du décès, crue jusqu'à preuve contraire. Aubry et Rau, I, § 61, n. 205 ; Fuzier Herman, art. 77, n. 2.

2) Demolombe, XIII, n. 91 ; Laurent, VIII, n. 512 ; Huc, V, n. 23 ; Baudry et Wahl, I, n. 125 ; Alexandresco III, p. 226 ; Pétresco, I, 43.

3. Huc, *loc. cit.* ; Baudry et Wahl, *loc. cit.*, et jurisprudence citée par ces auteurs.

SECTION IV

Du lieu d'ouverture de la succession

I. — *Le domicile du défunt*

Parmi les législations modernes, il y a un premier groupe qui décide que « le lieu où la succession s'ouvrira sera déterminé *par le domicile* » (C. C. Fr., art. 110 ; C. C. Port, art. 2009 n. 1). Il en est un deuxième groupe selon lequel « le domicile d'une succession est *au dernier domicile* du défunt » (C. C. Roum., art. 95 ; C. C. Italien, art. 923 ; C. C. Suisse, art. 538) ; un troisième groupe pose subsidiairement des règles exceptionnelles du droit commun : Si le défunt n'avait pas de domicile, sa succession s'ouvre dans le lieu où il avait des biens immobiliers ; si le défunt avait des immeubles en plusieurs lieux différents, sa succession s'ouvre dans le lieu où il avait la plus grande partie de ses immeubles, c'est-à-dire celle pour laquelle il payait le plus de contributions directes ; si le défunt n'avait pas de domicile et n'a pas laissé d'immeubles, sa succession s'ouvre dans le lieu de son décès (C. C. Port., art. 2009, n° 2°, 3°, 4°) ¹. Enfin un quatrième groupe garde le silence sur

(1) De droit commun d'après le Code portugais, le domicile du citoyen est à où il a sa résidence habituelle (art. 41) ; s'il a plusieurs résidences il sera domicilié là où il se trouve, à moins de déclaration contraire, faite à la municipalité du lieu de l'une d'elle (art. 43) ; et s'il n'a pas de résidence permanente, il est considéré comme étant domicilié dans le lieu où il se trouve (art. 45). Le droit commun portugais ignore donc le domicile du lieu où on a des immeubles. Il est difficile de comprendre pourquoi le législateur portugais a établi le domicile dans le lieu où la personne se trouve, à défaut pour celle-ci d'avoir une résidence, alors que pour les successions elle interpose entre la résidence et le lieu où il se trouve, la situation de la fortune immobilière. Ainsi une personne qui n'a pas de résidence habituelle, qui voyage

ce point (C. C. Autrichien, Espagnol, Allemand et Projet Hongrois).

Confusion des deux premiers groupes. — Il faut d'abord réduire ces groupes : les deux premiers n'en font qu'un, en réalité. Qu'on dise « domicile » ou « dernier domicile » le résultat est le même ; c'est toujours le domicile dans les deux groupes, et dans les deux groupes c'est toujours le dernier domicile, car il est certain, que les législations qui exigent le domicile l'entendent de même du dernier domicile. — Si une personne a eu son domicile à Paris jusqu'à l'âge de 30 ans et qu'ensuite elle est allée s'installer à Bordeaux ou à l'étranger, il va sans dire que c'est à Bordeaux ou à l'étranger que sa succession s'ouvrira et non pas à Paris.

Le Code Roumain, suivi par les Codes Italien et Suisse, auraient pu se dispenser de leur innovation.

A défaut de domicile, qui dans les législations des deux premiers groupements, s'entend du lieu où la personne a son principal établissement, — *rerum ac fortunarum suarum summam* —, et qui peut être aussi bien le centre de ses affaires, que l'endroit où elle réside ordinairement, et subsidiairement le lieu de la situation de ses biens, le lieu d'ouverture de la succession sera, conformément aux principes et à certains textes de loi¹, là où le défunt

continuellement sera domiciliée de son vivant au lieu où elle se trouve, et après décès au lieu où elle a sa fortune immobilière.

Cela n'est pas rationnel, et n'a qu'une conséquence pratique, c'est d'éviter l'application de la loi étrangère au cas où une personne est morte à l'étranger dans avoir de domicile mais ayant des immeubles au Portugal.

L'origine de la règle portugaise se trouve dans le droit romain...

(1) Si le domicile est inconnu le Code de procédure permet d'assigner au

avait sa résidence, c'est-à-dire où il s'était fixé pour un certain temps.

Critique du Code portugais. — Si nous passons à la législation du troisième groupe, nous rencontrons une notion trop étroite du domicile, et une confusion certaine entre la notion du domicile et celle de la résidence et la reconnaissance légale de la notion de l'habitation. C'est le retour à d'anciennes règles romaines qui ne sont justifiables ni au point de vue économique ni au point de vue juridique.

En effet, il y a, en matière de domicile, trois degrés : *l'habitation*, qui est le siège accidentel d'une personne ; *la résidence*, qui est l'endroit où elle s'est fixée pour un certain temps ; et *le domicile* proprement dit, qui est l'endroit où elle a son principal établissement, ce qui s'entend, nous l'avons dit, du centre de ses intérêts ou de sa résidence permanente ou habituelle, ou du lieu de situation de ses biens¹.

Or, le code Portugais fait ouvrir la succession au lieu du domicile (art. 2009 al. 1) et donne de celui-ci¹ une définition qui ne s'accommode que d'un seul des trois éléments sur lesquels se fonde justement la notion française du domicile : sur l'élément de la résidence habituelle. Qu'arriverait-il, dès lors, au cas où une personne qui n'a pas de fortune immobilière, qui n'a pas de résidence habituelle ni au Portugal ni ailleurs, mais dont le centre des affaires et des intérêts étaient toujours à Lisbonne, vient mourir à Paris ?

Conformément à l'art. 2009, al. 1, combiné avec les

lieu de la résidence (C. pr. c. Fr., art. 59 princ. et 69, al. 8° ; C. pr. c. Roum., art. 75, al. 9°).

(1) Baudry et Hôuques Fourcade, *Tr. des personnes*, I, n. 961.

art. 2009, n° 4°, art. 41 et art. 43¹ du code Portugais, sa succession ne s'ouvrira pas à Lisbonne mais là où la mort l'aura surpris, au hasard du voyage. — Est-ce logique ?

En second lieu, le code Portugais ignore la notion française de la résidence distincte de celle du domicile. Pour elle, le domicile est là où est la résidence, alors qu'en France on peut être domicilié à Paris et avoir sa résidence par exemple à Nice, ce qui est parfaitement compréhensible.

En troisième lieu, le code Portugais, assigne l'habitation d'une personne au lieu où elle a son siège accidentel, et lui fait produire des effets juridiques, alors qu'il n'en produirait aucun en France.

Est-ce un progrès ? Nous ne le pensons pas.

Il est inadmissible que la notion française du domicile et de la résidence ne suffisent pas pour fixer le lien du domicile. Mais le code Portugais qui n'accorde pas d'effets juridiques au centre des affaires et intérêts d'une personne ; qui ne s'attache pour définir le domicile qu'au point de vue strictement personnel, a dû admettre le siège accidentel à côté du siège habituel car autrement il aurait risqué de priver de domicile bon nombre de citoyens portugais ou étrangers.

En quatrième lieu, le code Portugais, s'inspirant d'une loi romaine, fait ouvrir la succession à l'endroit où le défunt avait des immeubles, si son domicile était inconnu ou s'il n'en avait pas. Mais il n'admet cela que pour les successions. En droit commun le siège accidentel sera préféré au centre des affaires et des intérêts, et à la situation des biens. C'est là une préférence très regrettable.

(2) Voyez *suprà*, p. 147, note 1.

Mais ce qui est plus difficile à comprendre c'est la raison pour laquelle on a cru devoir préférer la situation des biens au siège accidentel en matière de succession seulement. Cela peut s'expliquer de deux façons et par son origine qui est romaine et par le désir qu'aurait eu le législateur portugais de faire appliquer la loi portugaise à celui qui a des immeubles en Portugal sans y avoir un domicile fixé.

Mais c'est méconnaître profondément la transformation économique, considérable, qu'ont subie, au siècle dernier, la fortune immobilière et la fortune mobilière, que d'accorder un droit de préséance à la fortune immobilière. — Cela n'est rien moins qu'inutile, au point de vue juridique, puisque de toutes façons, en matière immobilière, le tribunal compétent est celui de la situation des biens et qu'en ce qui concerne les successions cette disposition exceptionnelle ne s'appliquera que rarement puisque de toute façon, qu'il ait ou non un domicile fixe, la succession d'un portugais se serait toujours ouverte conformément à la loi nationale du défunt, c'est-à-dire la loi portugaise.

Avantages du quatrième groupe. — Les législations du quatrième groupe, avons-nous dit, ne font aucune mention du domicile de la succession. — Nous pensons qu'on ne saurait mieux faire, ou si l'on veut qu'on ne saurait mieux se taire. — En effet, puisque les législations des deux premiers groupes n'édicte aucune mesure exceptionnelle en matière de domicile de la succession qui est au contraire en parfaite harmonie avec le domicile du droit commun, il est inutile de consacrer un article spécial pour dire ce que l'on sait déjà. Tout au plus pourrait-on, comme

le fait le Code Italien, combiner l'article qui règle les causes d'ouverture de la succession (art. 718 C. C. Fr.) avec celui qui fixe le lieu de l'ouverture (art. 110 C. C. Fr.), et n'en faire qu'un seul ¹, si toutefois on ne préfère — avec nous — supprimer aussi l'article 718 C. C. Fr. et ses équivalents étrangers ².

II. — *De l'importance de la détermination du domicile du défunt*

La détermination du domicile du défunt présente, à d'autres points de vue, des intérêts aussi considérables que celui de la détermination du moment du décès. — En effet :

1^o C'est au lieu du domicile du défunt que sa succession s'ouvrira ;

2^o C'est la loi du dernier domicile qui dans un système, règle la transmission successorale ³.

3^o C'est le tribunal de l'ouverture de la succession qui sera compétent pour connaître des litiges intervenus, qui pourront naître jusqu'au partage inclusivement, soit entre les cohéritiers, soit entre eux et les légataires ou créanciers ⁴, tels que les actions en pétition d'hérédité, contestations, licitations, actions en partage, demande en garantie des lots, et en rescision du partage ⁵.

(1) Voyez *suprà*, p. 132-133 le Tableau des législations comparées.

(2) Voyez *suprà*, p. 112.

(3) Apel Buc, II, 23 nov. 1891, Dr. 1895, p. 190 : Mazzoni, I, p. 65, n. 32.

(4) C. C. Fr., art. 882 ; C. Pr. C. Fr., art. 59, al. 6^o

(5) Bien que l'art. 59, al. 6^o du C. Pr. C. Fr. ne donne compétence aux tribunaux du lieu de l'ouverture que pour les litiges survenus jusqu'au partage inclusivement, on admet généralement, que les actions en garantie des

Mais les actions en matière réelle immobilière et les demandes formées après le partage par les créanciers, rentrent pour la compétence, dans le droit commun, et sont portées devant le tribunal de la situation des biens ou du domicile du défendeur. Quand il n'y a qu'un seul héritier et qu'il n'y pas de partage, c'est toujours le droit commun qui s'applique si l'héritier a accepté purement et simplement, mais si c'est sous bénéfice d'inventaire qu'il a accepté par suite de la séparation des patrimoines qui s'opère, la succession acquérant une individualité distincte, c'est au tribunal de l'ouverture que, jusqu'au partage, seront portées les actions.

lots et les demandes en rescision du partage seront de la compétence du même tribunal en vertu de la disposition générale de l'art. 882 du C. C. Fr., quoique postérieures au partage. — Il en est de même en Italie, l'art. 94, C. Pr. C. Ital. (Mazzoni, *loc. cit.*).

L'art. 882, C. C. Fr., n'ayant pas été introduit dans le C. C. Roum. et le C. Pr. C. Roum., art. 63, al. 2 étant rédigé comme l'art. 59, al. 6^e du C. Pr. C. Fr., il s'ensuit que les actions postérieures au partage, notamment les actions en garantie des lots et en rescision du partage, seront de la compétence des tribunaux ordinaires, c'est-à-dire, de celui du domicile du défendeur (Alexandresco III, 450, note 3 ; Petresco, III, 76, 77 et 293 ; *Contrà*, Sand. Nanoveann, *Procéd. civ.*, p. 179).

CHAPITRE III

DES CONDITIONS REQUISES POUR SUCCÉDER

NOTIONS GÉNÉRALES

Il ne suffit pas pour hériter de se trouver dans une catégorie d'héritiers appelés par la loi ; mais il faut encore avant d'acquérir cette qualité, remplir ces trois conditions : de l'existence, de la capacité et de la dignité.

Ces trois conditions forment une échelle, dont les gradins sont parfaitement superposés de façon à ce que le premier ne suppose ni le deuxième, ni le troisième ; au contraire le deuxième suppose forcément le premier mais non pas le dernier ; et enfin le troisième suppose forcément les deux premiers. Ceux qui sont existants peuvent n'être ni capables ni dignes ; ceux qui sont capables sont forcément existants mais peuvent n'être pas dignes ; ceux qui sont dignes sont forcément existants et capables.

SECTION I

De l'existence du successible

I. — *Position de la question*

Conformes en cela, à la tradition romaine, les législations modernes — hors l'unique mais importante exception du droit autrichien — exigent pour que l'on puisse succéder, l'existence du successible au moment où la succession qu'il réclame s'est ouverte, ou, au moins, la conception à cette époque, par application de la célèbre règle romaine « *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur.* » Le Code civil français ne pose nulle part ce principe; mais son adoption par le droit français n'a jamais fait de doute; et actuellement, il résulte, à *contrario*, de l'article 725, alinéa 2 et l'article 906.

Au contraire, le Code civil roumain¹ et les Codes qui l'ont suivi, proclament ce principe d'une façon expresse et affirmative.

Concrètement on ne peut concevoir qu'une personne non existante puisse acquérir des droits; mais rien ne l'empêche au contraire, si on considère cette possibilité d'une façon abstraite. Mais si abstraitement on fait une concession à l'enfant simplement conçu, il faut toujours

(1) L'ancien droit roumain s'exprimait aussi expressément : « Le père doit comprendre dans son testament... de même son enfant qui est à naître (Code d'Andr. Donici, ch. xxxvi, *Despre mostenirea cea prin diatã*, art. 4). « Les fils et les filles ont droit à la succession... et l'on comprend parmi eux l'enfant conçu dans le sein de sa mère (*Ibidem*, *loc. cit.*, art. 1). Dans le même sens Code de Caradgea, P. IV, ch. III, *Pentru mostenire sau clironomie*, art. 40 b., et 41; Code de Callimaki, art. 34).

se garder de dire que cet enfant acquiert des droits, car ne sont sujets de droits que les personnes existantes.

Or, pendant la conception il n'existe pas, mais il fait partie intégrante du corps de sa mère, *pars viscerum matris* ; il ne peut donc pas acquérir. Mais comme il est sûr que sa naissance sera un fait accompli, on prend des mesures pour le protéger ¹, et c'est pourquoi le droit a dû lui construire une personnalité fictive et lui a donné un curateur, alors que la tutelle et la curatelle sont créées pour les personnes.

II. — *De la preuve de l'existence*

Si celui qui se présente à la succession vient en son nom, il n'aura rien à prouver, car son existence est certaine, à moins qu'on ne lui conteste son identité ; mais alors il ne s'agira plus de la preuve de l'existence, mais d'une autre preuve, dont nous ne pouvons nous occuper ici.

Si au contraire il vient à la succession au nom de son auteur et prétend que celui-ci est mort après l'ouverture de la succession et qu'il lui a transmis son droit, il fera cette preuve par les moyens que nous connaissons ².

III. — *Preuve de la conception pour les enfants légitimes*

Premier système. — De graves difficultés s'élèvent sur le point de savoir comment on prouvera que le successible était réellement conçu lors du décès du *de cujus*. Se ser-

(1) Kohler, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, I, p. 285.

(2) Voyez *suprà*, p. 144.

vira-t-on à cet effet, des présomptions légales écrites dans les articles 312, 314, 315, C. C. Fr. pour prouver la légitimité, et qui placent l'époque de la conception de l'enfant entre le 180^e et le 300^e jour depuis sa naissance¹, ou bien cette preuve se fera-t-elle par tous les moyens ordinaires? La jurisprudence française admet le premier système et permet au réclamant de prouver — à fin de succéder — par les présomptions établies pour la légitimité, qu'il a été conçu lors du décès du *de cuius*. La jurisprudence pense que le silence gardé par le législateur quant à la preuve de la conception à fin de succéder, s'explique par son intention de se référer aux présomptions écrites pour la légitimité; que, ensuite, quand bien même le législateur n'aurait pas cette intention, on ne devrait pas moins s'y référer, attendu qu'il existe une corrélation étroite, entre la légitimité et la successibilité. En effet lorsqu'un enfant né dans les 180 jours du décès de son père, vient réclamer sa succession, lui refusera-t-on de faire la preuve qu'il était conçu lors du décès de son père, ou lui refusera-t-on du même coup de faire la preuve de sa légitimité. Au contraire s'agit-il d'un

(1) La question se pose dans les mêmes termes en droit roumain (C. C. Roumart, 286, 288 et 289) et en droit allemand qui pose dans les art. 1591, 1592, 1717 des présomptions qui ne sont pas identiques mais qui ne sont pas très dissemblables de celles du C. C. Français. La question de leur application en matière successorale était débattue en Allemagne lors de la confection du Code. L'admissibilité fut controversée dans les commissions qui se mirent d'accord de ne pas trancher la question, parce qu'il ne suffisait pas de raisonner sur les présomptions légales, mais encore s'agissait-il de prouver la possibilité ou plutôt la vraisemblance de la conception avant le moment du décès du *de cuius*, décès qui se plaçait dans l'époque de la conception (Planck, *op. cit.*, p. 12). Voyez *infra*, p. 160, n. 1). Les auteurs du Code Civil Suisse en firent autant (Roguin, I, n. 141). De même le projet du C. C. Hongrois ne résout pas le problème.

enfant né plus de 300 jours de la succession, c'est en vertu de ces mêmes présomptions qu'on lui refusera la succession et qu'on lui fera défense de faire la preuve contraire par quelque moyen que ce soit. Car lui permettre de faire la preuve de sa conception lors du décès du *de cujus* par un moyen quelconque, et lui accorder le droit de succession à la suite d'une preuve quelconque, ce serait indirectement et par contre coup admettre sa légitimité.

Deuxième système. — Mais on fait à ce système de graves objections ¹. Les dispositions des articles 312 et suivants, constituent des présomptions légales et les présomptions légales sont de droit strict. C'est pour la légitimité qu'elles ont été créées, c'est à la preuve de la légitimité qu'elles doivent seulement s'appliquer. On ne saurait en étendre l'application à une autre matière, quelque étroite corrélation qu'il existe entre elles. Si le législateur n'a pas fait de renvoi aux art. 312 et suivants, c'est qu'il ne l'a pas voulu; et il ne pouvait le vouloir, car s'il était nécessaire d'établir des présomptions de légitimité, attendu que cette matière intéresse l'ordre public et que sa preuve devait présenter des garanties suffisantes pour assurer la bonne marche de la société et la stabilité de la famille, il n'en est pas de même de la preuve de la conception à fin de succéder, qui est d'ordre particulier ne vise que les intérêts pécuniers des personnes en cause.

Troisième système. — Néanmoins, on a proposé, d'admettre l'emploi des présomptions légales en toute matière, même successorale, toutes les fois qu'il ne serait pas possible d'en écarter l'application. sans aboutir à l'un ou à l'autre

(1) Baudry et Wahl, I, n. 179 et s.; Huc, V, n. 36, 39.

de ces deux résultats : soit de mettre la loi dans une manifeste contradiction avec elle-même, soit de refuser à la présomption légale en matière de légitimité, c'est-à-dire pour le cas même où elle a été créée, ses conséquences les plus nécessaires¹.

Dans toute autre hypothèse on pourra l'employer mais la présomption ne sera plus irréfutable, la preuve contraire sera admise.

Ainsi on n'admettra pas les présomptions légales — parce que la légitimité ne sera pas mise en doute — dans l'espèce où un frère aîné est mort, et plus de 180 jours mais avant les 300 jours de sa mort, il vient au monde un frère cadet. Le cadet héritera-t-il de son aîné ?

Il y a ici une pure question de succession. Mais au contraire on admettra les présomptions légales lorsqu'il s'agira d'un enfant né avant les 300 jours du décès de son père, car les lui refuser, ce serait refuser la preuve de sa légitimité.

Quatrième système. — Dans une autre opinion, identique au deuxième système mais pour d'autres motifs, on écarte, avec raison, l'application des présomptions légales dans les successions, comme inutiles. Les articles 312 et suivants n'assignent pas un délai rigide au commencement de la grossesse ; ils ne font que fixer un point minimum et un point maximum. Aussi ces articles paraissent absolument sans rapport avec la question de succession ; ils fixent un *intervalle de temps*, pendant lequel la conception a été possible, parce qu'en matière de légitimité, il suffit que la conception

(Demolombe, XIII, n. 184 et s.

puisse se placer pendant le mariage pour que l'enfant soit réputé légitime. Mais en matière de succession il ne suffit pas de savoir quand la conception a été *possible*, mais *quand elle a eu lieu* effectivement ¹.

Pour prouver que la conception a réellement eu lieu avant le décès, on admet dans ce système, tous les moyens de preuve, tant par témoins que par présomptions ou expertises. On admet même l'emploi des présomptions légales mais à défaut de toute preuve et à titre de présomptions ².

IV. — *Preuve de la conception pour les enfants naturels*

Au premier abord, il paraît que la question ne peut même pas se poser sous l'empire de la loi française, étant donné que les enfants naturels ne succèdent à leur père que s'ils ont été légalement reconnus; que la recherche de la paternité est interdite, et que, pour ce qui concerne la succession de la mère il n'y a aucune difficulté. C'est peut-être pourquoi les auteurs sont muets à cet égard.

Or, on peut reconnaître un enfant qui n'est pas encore actuellement vivant, pendant la grossesse de sa mère ³. Dans cette espèce, si le père venait à mourir et que l'en-

(1) Planiol, III, p. 541, note 1. Nous avons vu, p. 168, n. 1 que c'est pour une raison identique que les commissions du C. C. Allemand ont refusé de résoudre la question : « Se muss doch nicht nur die Empfängniszeit überhaupt zutreffen, sondern es auch die Möglichkeit (oder vielmehr die Wahrscheinlichkeit) hinzutreten, daso die Erzeugung wirklich vor dem in die Empfängniszeit fallenden zeitpunkte des Todes des Erblassers stattgefunden hat » (Planck, *op. cit.*, p. 12).

(2) Laurent VIII, n. 543; Baudry et Wahl, I, n. 181; Planiol, III, n. 1708, n. 1.

(3) Planiol, I, n. 1480.

fant vienne au monde plus de 180 jours et moins de 300 jours depuis le décès, des contestations pourraient s'élever de la part des héritiers du père naturel. Comment prouvera-t-on la date de sa conception?

Il est certain qu'on ne saurait lui faire application des présomptions légales, car l'enfant naturel reconnu n'est pas assimilé à l'enfant légitime; on aura donc recours aux moyens ordinaires de preuve.

La difficulté s'élèvera encore dans les cas où la recherche de la paternité est permise, soit en cas d'enlèvement, soit au cas de viol, l'enfant venant au monde après les 180 jours et avant les 300 jours de la mort de l'auteur de l'enlèvement ou du viol.

La question présente plus d'intérêt en droit allemand qui admet la recherche de la paternité et où la loi, tout comme pour la légitimité, établit même des présomptions de paternité contre l'individu qui a cohabité avec la mère de l'enfant pendant l'époque où doit se placer la conception (C. C. All., art. 1717).

L'enfant naturel aura, pour succéder, à faire la double preuve de sa conception à l'époque du décès et en outre la preuve de l'art. 1717, c'est-à-dire que le défunt avait cohabité avec sa mère avant le décès et que sa mère n'a eu pendant ce temps d'autre contact¹.

V. — *Conditions requises pour que l'enfant conçu puisse succéder*

Nous l'avons déjà fait remarquer², seules les personnes capables d'acquérir de droits, sont susceptibles de suc-

(1) Planck, *op. cit.*, p. 12.

(2) Voyez *suprà*, p. 156.

céder ; or, l'enfant simplement conçu n'étant pas une personne, n'acquière aucun droit ; mais par des considérations d'humanité, attendu qu'il naîtra bientôt à la vie, on le considère comme déjà existant et on protège ses intérêts. De cette conception il résulte qu'il faut qu'il naisse vivant, car celui qui n'est pas né vivant ne peut pas avoir été réputé existant. Ainsi demande-t-on, dans un groupe de législations, en dehors de la conception : LA NAISSANCE ET LA VIE¹. Dans un deuxième groupe, ces deux conditions sont nécessaires mais ne sont pas suffisantes : il faut encore de la VITALITÉ².

Naissance et vie ; naissance, vie et vitalité ce sont les conditions auxquelles on subordonne l'efficacité de la protection que l'on accorde à l'enfant pendant sa conception ; ce sont les conditions auxquelles on subordonne l'existence juridique du conçu. Lequel de ces deux systèmes doit-il être préféré en législation ?

La question est très importante, tant au point de vue de l'acquisition des droits en général, qu'au point de vue des successions.

Supposons, par exemple, qu'un enfant vient à naître après le décès de son père : il naît vivant mais pas viable. Va-t-il recueillir les biens laissés par son père ? S'il naît Roumain ou national d'un des pays qui font partie de ce groupe, il va hériter, et s'il vient ensuite à mourir il trans-

(1) C. C. Roumain, Allemand, Suisse et Projet du C. C. Hongrois. Voyez le Tableau des législations comparées, *suprà*, p. 154-155.

(2) C. C. Français, Belge, Italien, Espagnol. Voyez le Tableau, *suprà*, p. 154-155.

Il est probable que le Code Portugais fait partie du même groupe. La loi n'est pas précise.

mettra cette succession à ses propres héritiers, dans l'espèce à sa mère.

S'il naît Français, ou national d'un des pays de ce groupe, il n'héritera pas de son père, dont la succession sera dévolue à ses propres parents ou à ses collatéraux — réserve faite des droits de la femme. — Nous insisterons longuement sur ce point lorsque nous parlerons de la viabilité ¹.

SECTION II

De la Capacité du successible

Critique du langage courant. — La capacité, en général, c'est l'aptitude à la vie juridique ; en matière successorale la capacité, c'est la réunion des qualités requises pour succéder.

Les auteurs confondent généralement l'existence et la capacité. C'est une erreur. Nous avons dit que l'existence ne suppose pas la capacité, mais au contraire que celle-ci suppose celle-là : c'est donc que ce sont deux choses différentes qu'il importe de ne pas confondre ². Un enfant est existant mais n'est pas pour cela capable. Ainsi, lorsqu'on dit que la naissance, la vie et la vitalité sont les conditions essentielles auxquelles la loi subordonne *la capacité juridique*, on dit une chose inexacte. Ce sont là les conditions auxquelles la loi subordonne *l'existence*, mais non pas la capacité. La capacité suppose l'existence mais l'existence

(1) Voyez, *infra*, p. 194 s.

(2) Voyez *suprà*, p. 154.

ne suffit pas pour attribuer la capacité. Il en a été ainsi pour les étrangers, les religieux et d'autres encore dont nous parlerons plus tard.

Les lois qui disent que les enfants non conçus ou non viables, ou morts-nés sont incapables de succéder, disent une inexactitude. Si ces trois catégories de personnes n'acquièrent pas la succession, ce n'est que parce qu'ils sont incapables mais non parce qu'ils sont inexistantes.

Conditions pour la capacité. — Quelles sont alors les conditions qu'il faut remplir pour être capable? Un premier groupe de lois ne pose pas de principes¹; mais il résulte par *a contrario*, des textes qu'il prononce des incapacités. — Dans ce groupe, est capable de succéder toute personne qui n'est pas déclarée incapable par la loi.

Dans un deuxième groupe² on formule ce principe, d'une façon expresse. Dans un troisième groupe³ on formule le principe, auquel on donne une portée absolue, sans restriction aucune : Celui qui a capacité pour acquérir a aussi capacité pour succéder.

Il est incontestable que ce troisième groupe est de beaucoup supérieur aux deux premiers. Il pose un principe très libéral en matière successorale. Car son mot n'est pas un vain mot; du moins, il ne l'a pas toujours été. Capacité d'acquérir et capacité de succéder sont deux choses différentes. Un étranger pouvait acquérir en France mais ne pouvait pas y succéder. Les législations de ce

(1) France, Roumanie, Portugal, Allemagne. Voyez le Tableau, *suprà*, p. 154-155.

(2) Italie, Espagne, Suisse. Voyez le Tableau, *suprà*, p. 154-155.

(3) Autriche. Projet Hongrois. Voyez le Tableau, *suprà*, p. 154-155.

groupe ont donc fusionné les deux capacités et elles ont eu raison car sous le régime de la propriété individuelle et de droit absolu de propriété, l'incapacité de succéder est un attentat à la propriété, puisque à l'autre bout de l'incapacité de succéder se trouve celle de transmettre.

Le droit autrichien ignore toute incapacité absolue de recevoir à qui ne correspondrait pas une incapacité d'acquérir; et il ignore aussi toute incapacité de recevoir relative à des personnes déterminées. Le principe n'y souffre donc pas d'exception; mais y a-t-il nécessité et possibilité à introduire dans les législations des deux premiers groupes un principe aussi général? Nécessité non, parce que cet article est parfaitement inutile; car il suffit de ne pas édicter des incapacités spéciales pour que le droit commun reçoive son application. Et une loi a trop de points délicats à résoudre pour s'occuper de principes aussi clairs. C'est aux livres de droit de les déduire de la loi et de les enseigner pour simplifier son étude. Possibilité non plus, tant que des incapacités relatives de recevoir subsisteront.

SECTION III

De la dignité du successible.

Cette condition n'est écrite nulle part dans nos lois, mais elle résulte implicitement de dispositions légales qui

(1) Anders, *op. cit.*, p. 6. Mais si les incapacités relatives de recevoir sont inconnues au droit autrichien, il est des cas où la capacité fait défaut par suite du manque de la *facio testamenti passiva*.

écartent certaines personnes capables pour indignité¹. Le principe est donc — comme pour la capacité dans certaines législations — que tout successible est digne qui n'a pas été déclaré indigne par la loi.

(1) Voyez *infra*, Tableau de législations comparées, p. .

CHAPITRE IV

DU DÉFAUT DE CONDITIONS REQUISES POUR SUCCÉDER

Nous avons vu que pour succéder on devait être existant, capable et digne ; ne peuvent donc pas succéder : les inexistants, incapables ou indignes.

SECTION I

De l'Inexistence¹

§ I. — CRITIQUE DU LANGAGE COURANT

Première critique du langage courant. — On dit et on écrit couramment, qu'il y a des personnes inexistantes, des enfants non encore conçus ou des enfants mort-nés. C'est là un langage vicieux car personne et inexistante, enfant et non encore conçu ou enfant et mort-né, ce sont des termes dont l'association est impossible, puisque chacun exprime une idée contraire. Ce sont des antithèses. Une personne ou un enfant est un être physiquement constitué ; or ce qui est inexistant ou n'est pas encore conçu ou est

(1) Voyez pour l'action etc., *infra*, p. 257.

mort-né n'a aucune constitution, et ne saurait s'appeler ni une personne ni un enfant. *Qui mortui nascuntur, nequi nati, nequi procreati videntur ; quia numquam liberi appellari potuerunt* (D. 50. *De verb signif.* 129)

L'art 725 du Code civil français, paraît vouloir éviter ce défaut : il parle d'*enfant* qui n'est pas né viable — ce qui est parfaitement exact¹ et de « celui qui n'est pas encore conçu. »

L'inexactitude de langage n'en existe pas moins, puisque « celui » suppose toujours un être, et ce qui n'est pas conçu, ne l'est pas.

Pour éviter ce langage il faudrait dire : l'enfant conçu postérieurement à l'ouverture de la succession, ou au décès du *de cuius* : le *post mortem defuncti conceptum*.

Seconde critique du langage courant. — On dit et on écrit aussi couramment. « L'incapacité des enfants non conçus ou non viables ou des morts civilement. — On comprend très bien qu'un mort civilement soit déclaré incapable, puisqu'il existe physiquement et que, en l'absence d'un texte exprès, il eut été capable. Mais on ne voit pas bien du tout comment ce qui n'est pas encore conçu pouvait être frappé d'incapacité², de même que ce qui n'est pas viable, dans les législations qui subordonnent l'existence à la vitalité. Pour être incapable, il faut exister d'abord : *prius est esse quam esse tale*. — Il faut avoir grand peur des

(1) Cela est exact, mais seulement dans le système des législations qui requièrent la naissance et la vie pour l'existence. Mais le Code Français exige aussi la vitalité. Dès lors il n'y a pas juridiquement d'enfant non viable, car pour lui, un enfant, c'est-à-dire une personne, n'existe que si elle est viable.

(2) Hub. V. I, 25

gens capables, pour frapper d'incapacité même ce qui n'existe pas. — C'est ce que paraissent avoir compris les auteurs du Projet du Code civil Belge et ce qui les a amené, nous dit M. Roguin¹, à bannir le mot incapacité et à dire... « Ne peuvent succéder : 1° L'enfant qui n'était pas conçu à l'époque de l'ouverture de la succession »... — On ne peut que féliciter les auteurs du Projet Belge, d'y avoir inséré cette disposition ; mais reste notre première critique : il ne faut pas parler d'enfant non conçu à l'époque de la succession ; on doit dire : enfant conçu après l'ouverture de la succession.

Pour éviter toute interprétation vicieuse, il faudrait mieux rayer ces expressions de nos lois et dire dans un article, au Titre des Personnes, que le fœtus sera considéré comme une personne s'il naît vivant et si l'on veut — viable.

On ne saurait objecter que cela peut permettre aux enfants conçus postérieurement au décès, de revendiquer une succession ouverte avant leur conception, parce qu'il suffirait de rappeler que pour recueillir un droit il faut être né ou conçu au moment où le droit est acquis. — Or, dans nos législations, — hors celle de l'Autriche — la succession est acquise aux héritiers le jour du décès, et tant qu'il en sera ainsi, il n'y aura pas besoin de le dire.

L'examen des différentes législations nous apprend que l'on considère comme inexistants : celui qui n'est pas encore conçu, celui qui n'est pas né viable, celui qui est

(1) Roguin I n°. 135.

mort né et ceux qui sont déjà morts à l'époque de l'ouverture de la succession ¹.

Pour être tout à fait corrects et rompre définitivement avec la tradition, nous dirons que ne peuvent pas succéder : celui qui a été conçu postérieurement au décès du *de cujus* ² ; le fœtus qui n'est pas né viable ; le fœtus qui est mort-né et les personnes déjà mortes.

§ II. — LE POST MORTEM DEFUNCTI CONCEPTUM

I. — *Position de la question*

Ainsi toutes les législations — sauf une — exigent l'existence du successible au jour de la dévolution de la succession, c'est-à-dire au jour du décès du *de cujus*.

D'après l'art. 1 du C. C. Allemand, la personnalité ne commence que le jour où la naissance est un fait accompli, mais il est d'accord avec les autres législations pour considérer comme existant celui qui n'est que conçu ; — et il prend des mesures, pour sauvegarder les droits que l'enfant conçu aura le jour de son existence réelle dans les conditions voulues.

De la combinaison de ces deux principes : la personnalité ne commence qu'à la naissance — avec le correctif de la conception — et le fait que la propriété de la succession est acquise de plein droit aux héritiers le jour du décès du *de cujus*, il résulte que le *post mortem defuncti conceptum* n'a aucun droit dans une succession qui est ouverte avant sa conception.

(1) On s'occupe particulièrement des comourants.

(2) Nous l'appellerons de préférence le *post mortem defuncti conceptum*.

Si la loi prend la peine de le dire, c'est donc qu'il en aurait pu être autrement. — En effet on a soutenu le contraire — nous le verrons — dans l'ancien droit français ; on l'a soutenu parfois en Allemagne avant la mise en vigueur du Code Civil ; on a même spécifié le contraire dans le Code Autrichien ; et on a voulu, de nos jours, dire le contraire dans le C. C. Allemand. Quant on dit donc « qu'il va de soi » que c'est seulement celui qui est né ou conçu le jour du décès du *de cuius* qui peut lui succéder, on dit une chose qui n'est pas si évidente.

Théoriquement, le problème se présente en ces termes : Faut-il, pour hériter de quelqu'un, être nécessairement vivant ou conçu à l'époque de l'ouverture de sa succession ; ou suffit-il d'être vivant, ou au moins conçu, à l'époque de son acquisition réelle ?

Pratiquement, le problème ne se présente que lorsque le premier ordre d'héritiers appelé à la succession, est écarté et qu'il y a lieu d'appeler un ordre suivant ¹. Faut-il alors, pour succéder, que les héritiers de l'ordre appelé en seconde ligne, soient nés ou conçus le jour du décès du défunt, ou suffit-il qu'ils soient nés ou conçus le jour de la dévolution réelle de la succession à leur ordre ?

L'espèce pourrait se présenter en ces termes : Primus meurt laissant pour héritiers légitimes son fils, ses père et mère et deux frères. La succession est dévolue au fils ; or celui-ci, après que les délais d'option sont expirés,

(1) Mommsen. *Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht.*, p. 137. — Cela n'est exact que si nous raisonnons selon le texte autrichien — qui à notre avis n'est pas encore allé assez loin — car nous verrons que cela peut parfaitement se présenter même pour le premier ordre appelé. Voyez *infra*, p. 192, s.

renonce à la succession de son père, ou, ayant accepté, est écarté pour cause d'indignité. La succession dans ce cas, est dévolue au deuxième ordre d'héritiers qui se compose des père et mère et des frères et sœurs du défunt. Or, il arrive, que dans l'intervalle du délai d'option ou du délai pendant lequel on examinait l'indignité du fils, un troisième frère du défunt, vient à être conçu, ou même vient à naître si ce délai a été assez long. La succession du frère prédécédé serait-elle acquise à ses père et mère et à ses deux frères seulement, ou bien conviendrait-il de faire concourir le troisième frère avec les deux premiers nés ?

Une autre espèce pourrait se présenter encore dans ces termes : Primus meurt laissant pour héritiers un enfant conçu, ses père et mère et un frère Secundus. Or, l'enfant conçu ne recueille réellement la succession que s'il naît vivant et — d'après quelques législations — viable. Supposons, pour être dans les deux systèmes, qu'il est mort-né. Donc il ne recueille pas. La succession passe au second ordre d'héritiers, les parents et le frère Secundus. Or, pendant la conception du fils du défunt et après la mort de celui-ci, ses parents ont conçu un enfant Tertius celui-ci aura-t-il aussi des droits dans la succession de feu son frère Primus, ou sera-t-il écarté par son frère premier-né Secundus, seul existant lors du décès de Primus ?

Il pourrait arriver que Primus n'ait même pas connu Secundus. Lors de son décès, sa mère était enceinte, quelques jours après, elle met au monde Secundus; sept ou huit mois après, lorsque l'enfant du *de cujus* vient au monde mort-né, ou non viable, elle est enceinte d'un nouvel enfant Tertius. Primus n'a connu aucun de ses

frères. Nous insistons sur ces exemples car la doctrine française paraît ignorer la question. Elle raisonne sur un exemple de Pothier, ou sur des exemples analogues, qui posent la question d'une façon tout à fait différente.

Commençons par l'exemple de Pothier : il résulte de cet exemple que celui qui n'était ni né ni conçu lors de l'ouverture de la succession du défunt, ne peut prétendre à la succession. « Aussi, si une personne, lors de sa mort avait un fils et des cousins, que ce fils ait renoncé à la succession, qu'un an après la mort du défunt, il soit né de ce fils un enfant pour lequel on réclame la succession de son aïeul, qu'on a reconnu depuis être avantageuse (par l'arrivée d'un vaisseau sur lequel le défunt avait de gros intérêts et qu'on croyait perdu), ce petit-fils ne sera point recevable à demander la succession de son aïeul ; parce que n'étant ni né ni conçu lors de la mort de son aïeul, il n'était point capable de lui succéder : les cousins du défunt, par la renonciation du fils, sont censés avoir été saisis de la succession, dès l'instant de la mort du défunt¹ ».

Or, il est certain, dans cet exemple, que le petit-fils n'aura aucun droit à la succession de son aïeul ; mais, s'il en est ainsi, ce n'est pas tant parce qu'il n'a pas été vivant ou conçu lors du décès du *de cujus* ; mais parce qu'il n'a pas existé au moment où l'ordre de successeurs dont il faisait partie, était appelé, et que dans l'intervalle la succession a été déjà acquise par les cousins.

Il ne s'agit pas, en effet, de démontrer que ceux qui naissent quelques années après l'ouverture peuvent la revendiquer aux héritiers de l'ordre suivant qui l'ont

(1) Pothier, *Tr. des successions*, Ch. I, S. II.

recueillie lors de l'ouverture, sous prétexte que s'ils eussent vécu ou s'ils eussent été conçus lors de l'ouverture de la succession, celle-ci leur eût appartenu. Entreprendre de démontrer cela, ne serait rien moins qu'absurde. Ce qu'il s'agit de démontrer c'est — pour nous servir de l'exemple de Pothier — si au moment où *les cousins* ont été appelés, seuls parmi eux, pouvaient succéder ceux qui étaient déjà nés ou conçus à l'époque du décès du *de cujus* ; ou bien si les cousins qui ont été conçus postérieurement au décès mais antérieurement à la dévolution de la succession à l'ordre dont ils font partie, pouvaient aussi succéder. Ce qu'il s'agit de démontrer encore, c'est — pour nous servir du même exemple — si le petit-fils du renonçant qui voudrait accepter la succession de son aïeul, *qui n'a pas encore été acceptée par les cousins*, pourrait être écarté par ceux-ci.

Demolombe raisonne sur un exemple analogue à celui de Pothier, et sur un autre que voici : Un homme meurt, laissant pour héritiers ses père et mère et son frère (art. 748, 749) : puis, une année après, par exemple, les père et mère ont un nouvel enfant : celui-ci ne pourra rien prétendre dans la succession qui s'est ouverte antérieurement à sa conception ¹. »

Certes, non, il serait absurde de penser le contraire. Aussi, ce n'est pas cela qu'il s'agit de démontrer. On ne demande pas de dépouiller des droits acquis ceux qui les ont acquis. — Qu'ils les gardent. On n'y touchera pas ².

(1) Demolombe, XIII, n. 175.

(2) Le Code Autrichien n'y touche pas non plus. La capacité de succéder acquise postérieurement, dit son art. 546, ne donne pas le droit d'enlever à d'autres ce qui leur est légitimement échu.

Mais s'ils ne les ont pas encore acquis ces droits, c'est alors que la question se pose. Faudra-t-il donner une prime à la naissance, ressusciter une sorte de privilège d'aînesse au profit des premiers nés ; ou les faire partager les droits qui viennent de leur échoir, avec celui qui est venu au splendide festin plus tard qu'eux, mais avant qu'ils n'en eussent goûté les délices !

II. — *Historique de la législation*

DROIT ROMAIN. — Le droit romain depuis la loi des XII Tables, exigeait déjà de celui qui prétendait à une succession, qu'il soit né ou au moins conçu à l'époque du décès du *de cuius*. Ceux qui n'étaient ni nés ni conçus étaient écartés ; *quia post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem, ejus tanquam suus heres, neque bonorum possessionem tanquam cognatus accipere potest, quia lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis queritur, in rerum natura fuerit*¹. Et les Instituts s'exprimaient en termes aussi clairs, plus préférables encore, parce que motivés : *Et licet post mortem avi natus sit, tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus, posteaque deserto avi testamento, suus heres efficitur. Plane, si et conceptus et natus fuerit post mortem avi, mortuo patre suo desertoque postea avi testamento, suus heres avo non existet, quia nullo jure cognationis patrem sui patris teligit*.

Or s'il a été ainsi à l'époque des XII Tables, c'est parce

(1) Julien. D. 38.16. — De suis et legit., 6. — Le petit-fils qui est conçu après le décès de son aïeul, ne peut l'accepter (la succession) ni en vertu du droit civil comme héritier sien, ni comme cognat selon le droit prétorien en acquérir la possession, parce que la loi des XII Tables n'appelle à la succession que ceux qui existaient déjà au moment de la mort du *de cuius*.

qu'à cette époque la parenté n'était pas basée sur le sang mais sur les liens civils. C'est pourquoi cette parenté ne s'appliquait ni aux descendants par les filles, ni à ceux qui sont sortis de la famille soit par mariage *in manus*, soit par suite d'une *capitis diminutio* quelconque¹.

C'est Justinien qui, dans la Novelle 118², a effacé les derniers vestiges de l'ancienne succession des XII Tables, à laquelle s'entremêlaient les modifications apportées dans le cours des temps par les préteurs, le Sénat et les empereurs. Avec Justinien « le système primitif de la famille civile telle que la loi des XII Tables l'avait établie disparaît entièrement et le système de la famille naturelle, telle qu'elle existe d'après les liens du sang, prend sa place³.

De nombreuses controverses sont nées en Allemagne avant l'application du Code civil sur la portée de la réforme de Justinien. En changeant la parenté qui formait la base de la dévolution *ab intestat*, a-t-il implicitement changé la capacité de succéder? Car si, sous le régime de la loi des XII Tables on demandait aux héritiers, qu'ils soient nés ou conçus au moment du décès c'était parce que le droit de succéder était basé sur la parenté civile qui reliait les personnes en puissance : celui qui n'avait pas

(1) Institutes I. De her. q. ab. int. def., 8. Et malgré que né après la mort de son aïeul, pourvu que conçu de son vivant, le petit fils par la mort de son père et l'abandon postérieur du testament de l'aïeul, devient héritier sien de celui-ci. Bien entendu, que s'il a été et conçu et né, après la mort de son aïeul, le décès de son père et l'abandon postérieur du testament de l'aïeul ne le rendent pas héritier sien de celui-ci, parce qu'il n'a touché par aucun lien de parenté au père de son père.

(2) Girard, *Manuel*, p. 143.

(3) Ortolan, Institutes, III, n. 1143.

été vivant ou conçu lors du décès, n'ayant jamais été en puissance, n'était point parent du défunt et partant son héritier. Or, a-t-on dit, si Justinien a remplacé la parenté civile par la parenté du sang, on ne saurait plus avec cette nouvelle conception de la parenté, écarter celui qui a été conçu postérieurement au décès du *de cujus*, car quelle que soit l'époque de sa conception ou de sa naissance par rapport à la vie ou au décès du *de cujus*, il n'est pas moins son parent ¹.

Si logique et si conforme que cela soit aux conceptions modernes, il n'a pas dû en être ainsi, a-t-on vigoureusement répondu. Justinien a bien pensé régler un nouvel ordre de succession ; mais il n'a nullement pensé modifier en quoi que ce soit la capacité de succéder. Justinien n'a voulu rien autre chose qu'enlever le privilège de préséance des rapports d'agnation sur les rapports de cognation et introduire un nouvel ordre de succession, et non changer la signification de la cognation car si le *post mortem defuncti conceptum* n'héritait pas, ce n'était pas par suite de l'inexistence des liens de parenté civile mais parce qu'il était de principe dans ces temps que seuls les vivants avaient entre eux des liens de parenté ².

ANCIEN DROIT. — Dans l'ancien droit français, aucune coutume ne s'occupait de la question. Des jurisconsultes éminents ont soutenu le droit de recueillir du *post mortem defuncti conceptum* ³.

(1) Meyer. *Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuch*, p. 62.

(2) Savigny, *op. cit.*, VIII § 481 ; Windscheid, *Pandekten*, § 535, § 571 ; Koeppen, *System des heutigen römischen Rechts* 1, p. 308, Mommsen, *Entwurf e. D. R. über das Erbrecht*, p. 137.

(3) Serre, *Instit. au droit français* liv. 11, p. 1, § 8 ; Lebrun, *Des succ.*

En 1692, d'Aguesseau soutint le principe de cette thèse ; mais dans l'espèce qui s'était présenté alors devant le Parlement de Paris, il conclut en sens contraire en considération de circonstances particulières au procès. Il s'agissait d'un petit-fils qui réclamait la succession de son aïeul mort 34 ans avant sa naissance. La distance écoulée parut trop considérable. Mais, *humanitate suadente*, si le conflit était intervenu entre le fisc et le petit-fils, d'Aguesseau se fut montré favorable à ce dernier¹. Peu de temps après, le 14 août 1725, une autre affaire se présenta devant le Parlement de Toulouse. Il s'agissait d'une petite-fille qui réclamait la succession de son aïeul mort plusieurs années avant sa conception, succession qui était encore jacente.

Le Parlement donna gain de cause à la petite-fille².

En matière de testaments, l'ancien droit avait des vues plus larges que le droit moderne et permettait des libéralités testamentaires à des personnes conçues postérieurement au décès du testateur. Ce fut d'Aguesseau qui intervint pour restreindre cet usage, par l'art. 49 de l'ordonnance de 1735, aux legs faits à titre particulier seulement. Quant aux institutions d'héritiers non conçus lors du décès, on les annulait³.

Nous avons vu quelle était la situation en Allemagne

liv. I, ch. V, § I distinct II ; Basnage, *Sur l'art. XC de la coutume de Normandie*.

(1) Merlin, *Repertoire* V. Successions S. I, art 1, n. 1, 2. — Pothier était plus rigoureux dans les principes et excluait le petit-fils même à l'égard du fisc, auquel les biens ont été déferés comme vacants. (Pothier, *Tr. des succ.* ch. I, s. II, art. 1).

(2) Serres, *loc. cit.*

(3) Planiol, III, n. 2913.

sous l'empire du *Heutigen romischen Recht* ¹. Le Code civil a tranché la controverse dans le sens de l'ancien droit romain.

III. — *Etat actuel de la législation*

C'est dans ce sens que se prononçait déjà le C. C. Français dont l'art. 725 est formel ²; c'est dans ce sens que

(1) Voyez *suprà*, p. 176.

(2) *Mais cette prohibition n'existe d'une façon absolue que dans la succession ab intestat.*

France. — Pour les donataires la loi exige en effet, la conception au jour de la donation (art. 906, al. 1, C. C. Fr.) et pour le légataire, la conception au jour du décès du *de cuius* (art. 906, al. 2, C. C. Fr.); mais ces dispositions souffrent des dérogations; l'une en ce qui concerne le donataire et qui permet de faire des donations par contrat de mariage, au profit des enfants à naître des époux, et qui va même jusqu'à présumer, que par une substitution tacite, toute donation faite au profit de l'un des époux, est faite aussi au profit des enfants à naître du mariage (art. 1082, al. 2 C. C. Fr.) Mais on discute sur le point de savoir si on peut faire une donation uniquement aux enfants à naître. On a dit qu'on ne peut leur donner, qu'en donnant aux époux (Huc, VI, n. 457); mais comme l'ancien droit admettait des donations faites seulement aux enfants, la Cour de Cassation en admet la validité. (Cass. française 10 juillet 1888, D. 90.1.57).

Une autre dérogation est faite pour les donations et les testaments, par l'admission des substitutions fidéicommissaires (art. 1048-1079 C. C. Fr.) faites par les père et mère du grevé (art. 1048), ou ses frères et sœurs (art. 1049) quand ceux-ci n'ont pas d'enfants, au profit des descendants du premier degré du grevé.

Allemagne. — Le droit allemand moderne exige comme le Code Français l'existence ou la conception au jour du décès du *de cuius* (art. 1923 C. C. All.) pour être héritier ou être institué, substitué simple; mais il admet les substitutions fidéicommissaires faites au profit des personnes conçues post mortem defuncti (art. 2101 C. C. All.) En matière de legs la Bürgerliches Gesetzbuch est revenue au système de l'ancien droit français, permettant l'institution de légataires postérieurement conçus (art. 2178) Planck, *op. cit.*, p. 360. Voyez aussi les art. 2160-2162, C. C. All).

Autriche. — Le Code Civil autrichien permet aussi l'institution de légataires postérieurement conçus. Son art. 703 dit que « pour acquérir un legs fait sous condition suspensive, il est nécessaire que la personne instituée survive à

se sont prononcées toutes les législations qui l'ont suivi, même les dernières venues et parmi elles le Projet du Code civil Hongrois, excepté une seule, la législation de l'Autriche.

En effet, voici le texte du C. C. Autrichien :

Art. 545 « La capacité pour succéder ne peut être déterminée qu'au moment où la succession est réellement ouverte (de la dévolution réelle). Ce moment est en général celui de la mort de la personne qui laisse la succession ¹. »

Art. 546 « La capacité pour succéder qui est acquise postérieurement, ne donne pas droit d'enlever à d'autres ce qui leur est déjà légitimement échu ². »

En droit autrichien la succession ne passe pas aux héritiers à la mort du défunt ; il n'y a pas d'acquisition

l'accomplissement de la condition et soit capable de succéder au moment où elle se réalise.

Mais pour l'institution d'héritier on demande l'existence au jour de la dévolution (Josef von Schey *Das allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für das Kaiserthum Oesterreich*, art. 545 V. adnotation).

Italie. — Comme l'ancien droit français, l'ancien droit italien autorisait l'institution d'héritiers, d'entants postérieurement conçus. Le Code Civil art. 764, al. 2 permet d'instituer héritiers les enfants immédiats d'une personne déterminée, vivante au moment de la mort du testateur, quoiqu'ils ne soient pas encore conçus. On ne demande donc pas la vie dans la personne de l'institué ; mais dans la personne de leurs parents.

Roumanie. — Le Code Civil exige la conception à l'époque de la donation ou du testament (art. 808, al. 1 et 2, C. C. Rom.). Les art. 803-805 contiennent des dispositions identiques aux art. 896, al. 1, 898-899 C. C. Fr. L'art. 897, C. C. Fr. n'a pas été reproduit par le droit roumain.

(1) Art. 545 Die Erbfähigkeit kann nur nach dem Zeitpunkte des Wirklichen Erbanfalles bestimmt werden. Dieser Zeitpunkt ist in der Regel der Tod des Erblassers.

(2) Art. 546 Eine später erlangte Erbfähigkeit gilt kein Recht, andern das zu entziehen, was ihnen bereits rechtmässig angefallen ist.

immédiate, *ipso jure*, de l'hérédité¹; ce n'est qu'après la mort que les héritiers acquièrent des droits successoraux², et précisément au moment de l'acceptation. Jusqu'alors, l'hérédité est jacente; elle tient encore du défunt — *als sie noch von dem Verstorbenen besessen würde*³.

Les actions contre la succession seront portées, avant l'acceptation, non pas contre l'héritier — car il n'y en a que par l'acceptation — mais contre celui qui a été chargé de la représenter. Ce n'est qu'après avoir accepté, par un acte de volonté unilatérale, *Erbserklärung*, que l'héritier représente le défunt par rapport à la succession et qu'il sera considéré, à l'égard des tiers, comme ne faisant qu'un avec le défunt : *Der Erbe stellt, sobald er die Erbschaft angenommen hat, in Rücksicht auf dieselbe den Erblasser vor. Beide werden in Beziehung auf einen Dritten für eine Person gehalten*⁴. Pour l'acceptation il s'adressera à la justice avec le titre sur lequel il fonde son droit : testament, contrat ou loi, car la justice seule peut le mettre en possession : *niemand darf eine Erbschaft eigenmächtig in Besitz nehmen*⁵.

Ainsi donc, contrairement au droit romain, qui lui aussi demandait la capacité au jour de la dévolution réelle de la succession, mais qui exigeait d'une façon absolue la naissance ou la conception le jour du décès⁶; contrairement à toutes les lois modernes — que nous connaissons —

(1) Anders, *op. cit.*, p. 5.

(2) C. C. Autrichien, art. 536. Voyez le Tableau, *supra*, p. 132-133.

(3) C. C. Autrichien, art. 547.

(4) C. C. Autrichien, art. 547.

(5) C. C. Autrichien, art. 797.

(6) Voyez, *supra*, p. 175.

le droit autrichien, dépassant le droit romain, se contente et de la capacité et de la naissance ou de la conception au jour de la dévolution réelle, au moment *des Wirklichen Erbanfalles also nicht des Erbfalles als solchen* ¹.

En règle ce moment correspond à celui du décès, mais il peut aussi être de beaucoup plus lointain. Il en est ainsi notamment lorsque le premier ordre d'héritiers appelés est écarté et qu'il s'agit d'examiner l'existence, la capacité et la dignité des parents appelés en seconde ligne ; ou si celui-ci est écarté à son tour, l'existence, la capacité et la dignité des parents du troisième ordre et ainsi de suite.

C'est ce système qui est l'expression de la plus parfaite justice, en même temps qu'il est le plus en accord avec la volonté du défunt.

C'est aussi ce système que Mommsen ² avait proposé d'introduire dans le Code civil allemand actuel.

Son projet était encore plus clair que le Code autrichien :

Art. 8. « Ne peut être héritier ou acquérir par testament que celui qui est en vie *au moment de la dévolution* de l'hérédité ou du testament. L'enfant conçu à ce moment sera réputé existant, s'il naît vivant ».

Art. 9. « La succession *est dévolue* à l'héritier au

(1) Anders, *op. cit.*, p. 506 ; Mommsen, *op. cit.*, p. 137.

(2) Mommsen, *Entwurf*, art. 8 Nur Derjenige kann Erbe werden oder den Gegenstand eines Vermächtnisses erwerben, welcher zur Zeit des Anfalls der Erbschaft oder des Vermächtnisses lebt. — Von einer Leibes frucht, welcher zu der angegebene Zeit empfangen war, um nachher lebend zur Welt kommt, wird angenommen dass sie damals gelebt hat.

moment où il est appelé à la succession, par conséquent en règle, au moment du décès du *de cuius*.

Si le droit à la succession est subordonné à la réalisation d'une condition, ou plutôt à la suppression des personnes premièrement appelées, alors l'appel à la succession, et par conséquent la dévolution de la succession n'a lieu qu'au moment où la condition s'est réalisée après que les personnes appelées en première ligne ont été écartées¹ ».

Art. 11. « Les dispositions de l'art. 9 et suivants sont applicables et en matière de legs, la dévolution du legs a lieu aussi, en règle, au moment de la mort du *de cuius*².

IV. — *Critique des législations modernes. Supériorité de la loi autrichienne*

Il est certain que nos lois font preuve d'une iniquité injustifiable à l'égard du *post mortem defuncti conceptum*, dans les espèces que nous avons indiquées. Est-il en effet admissible, que de ces deux frères du défunt, un seul recueille la succession du prédécédé, parce qu'il a été mis au monde quelques mois auparavant. Quel mérite particulier a-t-il pour écarter son frère cadet? Est-il raisonnable

(1) Art. 9. Die Erbschaft fällt dem Erben mit dem Zeitpunkt in dem er zur Erbfolge berufen wird, sofort an, in der Regel also, mit dem Tode des Erblassers. — Ist das Erbrecht von einer Bedingung, beziehungsweise von dem Wegfall, zunächst zur Erbfolge, berufener Personen abhängig, so tritt die Berufung, zur Erbfolge und damit auch der Anfall der Erbschaft erst mit dem Zeitpunkte an, in welchem die Bedingung zur Erfüllung gelangt ist, beziehungsweise die Zunächst berufenen Erben weggefallen sind.

(2) Art. 11. Die Bestimmungen des § 9 et § finden sinngemässe Anwendung auf Vermächtnisse. — Auch der Anfall des Vermächtnisses erfolgt regelmässig mit der Tod des Erblasser.

de faire dépendre les droits dévolus à deux frères, de la date de leur naissance ? N'est-ce pas un privilège d'aînesse que l'on reconnaît ainsi aux premiers-nés ? On ne saurait objecter que la même iniquité se présentera dans le cas où ceux-ci auraient recueilli avec leurs parents la succession du défunt et qu'après l'avoir acquise, il leur vient un nouveau frère. Il est certain que dans cette hypothèse — qui est celle sur laquelle on a raisonné généralement — il y a droit acquis et que dès lors la question ne se pose plus, puisqu'au moment où le nouveau-né est venu au monde, il n'y avait plus de succession, il n'y avait plus rien à partager.

Est-ce que les raisons que l'on a fait valoir pour écarter le nouveau-né dans cet exemple — si tant est que l'on avait besoin de raisons pour cela — peuvent aussi s'appliquer à notre hypothèse ?

Il n'a touché par aucun lien de parenté au défunt, disait le droit romain ¹. Et c'est aux parents que les successions sont déférées, explique Demolombe. Et, dit-il, la parenté est une relation qui exige évidemment deux termes, et elle ne peut dès lors s'établir qu'entre les personnes qui ont coexisté en même temps et simultanément ; donc l'enfant qui n'a été conçu qu'après la mort du *de cuius*, n'a jamais été son parent, ni son frère, ni son petit-fils ².

Le néant ne peut avoir aucune propriété, aussi il est évident qu'il faut, avant toutes choses, exister pour être capable de succéder, expliqua Pothier ³. Et cela est de

(1) Institutes, L. III, Tit. I. *Des Her. q. ab. int. def.* 8. Voyez *supra*, p. 186.

(2) Demolombe, XIII, n. 175 ; Laurent, VIII, n. 535.

(3) Pothier, *Tr. des successions*, ch. I, art. I.

toute évidence, conclut Laurent ¹. Et ce n'est pas tout, ajoutait Pothier, d'après la règle *le mort saisit le vif*, c'est dans le temps du décès que l'héritier est saisi de la succession. Or, complétait Demolombe, cette dévolution se fait sans lacune, sans intervalle, au moment même de l'ouverture et à ceux qui se trouvent à ce moment-là, habiles à la recueillir : et cette dévolution n'est pas et ne pourrait être conditionnelle, sous peine de jeter dans les familles et dans tous les droits, la plus funeste incertitude ². On a tort de croire que si le *post mortem defuncti conceptum* n'hérite pas, c'est par une prétendue incapacité qui ne peut exister, dit M. Huc, mais dans cette circonstance qu'il ne peut y avoir d'affection présumée possible pour qui n'existe pas encore ³.

Reprenons une par une ces raisons et voyons si elles peuvent s'appliquer à notre hypothèse.

1° Le *post mortem defuncti conceptum* n'est pas parent du défunt, a-t-on dit.

Si jamais il y eut au monde choses étonnantes, en voilà bien une !

Alors le père de mon père n'est pas mon grand-père parce que nous ne nous sommes pas connus. — Il n'est pas mon grand-père ; je ne suis pas son petit-fils ; il n'est pas mon ascendant ; je ne suis pas son descendant. Il n'y a rien de commun entre nous. — Et pourquoi cela ? Tout simplement parce que nous ne nous sommes pas connus. S'il avait vécu une année de plus il aurait été mon grand-

(1) Laurent, VIII, n. 535.

(2) Demolombe, XIII, n. 175 ; Huc, V, n. 35.

(3) Huc, V, n. 35.

père ; mais puisqu'il est mort un an avant ma naissance, il ne m'est plus rien. Est-ce la coexistence simultanée de deux êtres qui crée entre elles la liaison que nous appelons parenté, ou bien est-ce la descendance l'une de l'autre ou d'un même auteur, la qualité du sang qui coule entre leurs veines ?

« La parenté est une relation qui exige évidemment deux termes : et elle ne peut dès lors s'établir qu'entre les personnes qui ont coexisté en même temps et simultanément », écrit Démolombe au numéro 175 du tome XIII : et au nombre 320 du même tome, il écrit que « sont parentes toutes les personnes qui sont unies par le lien du sang, soit qu'elles descendent l'une de l'autre, soit qu'elles n'aient qu'un auteur commun. »

De quel côté est la vérité ? Est-ce la coexistence ou est-ce le lien du sang qui crée la parenté ? Si c'est la coexistence, je ne suis pas le petit-fils du père prédécédé de mon père, je ne suis pas le frère de l'enfant prédécédé de mon père. Mais si c'est le lien de sang, en dehors de toute coexistence, il est certain que celui-ci est mon frère, que celui-là est mon aïeul.

Il n'est pas douteux, que la vérité est dans ce dernier sens. La parenté ne demande pas la vie concomitante ; on ne saurait contester au *post mortem defuncti conceptum* sa parenté avec le défunt ; ce n'est donc point pour cela qu'il ne peut pas hériter de lui.

2°. Le néant ne peut avoir de droits. — Cela est de toute évidence, concluait Laurent sans s'y arrêter. — Il ne s'agit pas d'un dogme, écrivait un auteur allemand : celui qui n'est pas conçu ne peut être considéré comme capable

d'avoir des droits. — Pothier s'exprimait avec plus de justesse quand il disait qu'il faut avant tout « exister pour être capable » Mais n'importe ; quels que soient les termes employés l'idée est toujours la même. — Et l'idée est parfaitement exacte. Le néant ne peut avoir des droits, parce que le néant n'existe pas et qu'il faut avant tout exister pour avoir des droits.

Mais ce n'est pas du tout de cela qu'il s'agit. Il ne s'agit pas de donner des droits au néant, ni de la capacité à ce qui n'existe pas ; mais de préciser à quel moment le droit à la succession est réellement acquis et d'établir si une personne actuellement existante ou conçue, peut acquérir un droit à une succession actuellement acquise.

Or la succession n'est acquise réellement à une classe d'héritiers que le jour où ils sont appelés à la succession. Si un nouveau-né est entré dans cette classe, après le décès du *de cujus* mais avant que la classe dont il fait partie soit appelée, pourquoi n'exercerait-il pas des droits sur la succession ouverte avant sa conception mais qui n'a encore été acquise à personne jusqu'à ce jour ? Parce qu'il n'a pas existé le jour du décès ? Mais s'il avait existé ce jour-là, en quoi aurait-il été plus avancé, puisqu'il n'aurait réellement rien acquis, alors non plus ?

Veut-on objecter que dans notre droit — hors celui de l'Autriche — la propriété est transmise immédiatement et de plein droit aux héritiers, et qu'ainsi le *post mortem concepti* n'ayant pas existé au moment de la transmission de propriété, n'a plus rien à acquérir, car tout a été acquis à ceux qui existaient ? Mais c'est là un pur jeu de mots. Il est foncièrement inexact de dire que la propriété

de la succession est acquise de plein droit aux héritiers légitimes du défunt. Elle n'est acquise immédiatement et de plein droit qu'*aux premiers appelés*. Elle n'est pas acquise *indistinctement* à tous les héritiers légitimes. Et ce n'est que postérieurement, lorsque les premiers appelés auront été écartés, que la propriété en sera acquise aux héritiers de la classe suivante. Ceux-ci auront bien la propriété du jour du décès, mais ils ne l'auront pas par suite de la transmission immédiate et de plein droit de la propriété, mais par la fiction de la rétroactivité.

La transmission de la propriété d'une succession, se fait donc immédiatement et de plein droit aux héritiers légitimes du défunt mais *successivement* et non pas *collectivement*.

Veut-on, alors qu'on a repoussé la théorie de la saisine collective de Zachariæ, admettre une théorie de la transmission collective de la propriété ? Si l'on admet que la saisine est successive et non pas collective, *a fortiori* doit-on admettre que la transmission de la propriété se fait successivement à chaque classe d'héritiers et non pas collectivement au fils du défunt et au collatéral du douzième degré de celui-ci.

Alors, donc, quand nous soutenons que les post-conçus peuvent succéder, nous n'accordons aucun droit au néant ; mais nous faisons quelque chose de bien plus grand, de bien plus humain, et de bien plus juste ; nous nous refusons de consacrer une inégalité entre deux frères par rapport à leur frère prédécédé, inégalité qui n'a d'égal que son injustice. Veut on objecter qu'on ne pourra plus dire : *hereditatem dominam esse et personam defuncti obtinere*¹ ? Veut-

(1) D. 28, 5, de inst. her., 31, 1.

on objecter que l'héritier ne sera plus réputé être devenu héritier au moment de la mort du *de cuius* ; qu'il ne sera plus le représentant de sa personne ? Mais cela n'a qu'une importance théorique et non pratique ¹. Et d'ailleurs, il est démontré que le principe romain, cité ci-dessus, n'a d'autre signification que celle de savoir si l'héritier succède directement au défunt, ou bien, si au défunt succède l'hérédité jacente et si c'est à l'hérédité jacente que succède l'héritier. Or il s'agit ici d'une construction juridique, dont la solution se trouve dans cet autre principe : *hereditas jacens personam defuncti sustinet*. Il résulte donc que même le post-conçu pourra être considéré comme représentant la personne du défunt et avoir reçu les biens de ses mains, puisque l'hérédité représente toujours le défunt. D'ailleurs, on en a fini maintenant avec cette vieille et embarrassante théorie romaine, aujourd'hui surannée, de la succession à la personne, de la continuation de la personnalité du défunt ². Le Code Allemand s'en est débarrassé et admet la simple succession aux biens. Le Code Portugais en fait autant (art. 1735) et l'héritier n'y est plus tenu des charges au-delà des forces de la succession ³ (art. 2019).

3. C'est dans le temps du décès que l'héritier est saisi de la succession. Or cet argument tombe, par cela que

(1) Mommsen, *Entwurf*, p. 138.

(2) Voyez *suprà*. p. 11, n. 1.

(3) Le code Portugais a conservé néanmoins l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ; ce qui distingue l'acceptation pure et simple, de celle faite sous bénéfice d'inventaire, c'est que en cas d'insuffisance d'actif successoral, dans le premier cas ce sera à l'héritier à prouver que la succession est épuisée, alors que dans le second, l'inventaire en fera preuve et ce sera au créancier, s'il conteste son exactitude, d'en faire la preuve contraire.

l'institution de la saisine est postérieure à la règle qui exige, la naissance ou la conception, au jour du décès. C'est donc une erreur manifeste, puisque la conséquence serait bien antérieure à sa cause¹. D'ailleurs, même si l'argument n'était pas le résultat d'une erreur, il tomberait tout de même parce que la saisine n'est pas acquise aux héritiers collectivement mais successivement. Dès lors, on ne saurait la refuser aux personnes qui existent au moment où elle est accordée à la classe d'héritiers dont elles font partie, pour le motif qu'elles n'existaient pas le jour du décès, car fussent-elles existantes ce jour, elles n'auraient pas encore eu la saisine.

4. La dévolution se fait sans lacune, sans intervalle...

C'est en s'inspirant de cette idée qu'on disait que le nouveau-né ne pouvait prétendre à une succession acquise par ceux qui existaient avant lui. Mais, nous ne soutenons pas le contraire. Et si nous admettons que le frère post-né puisse succéder, il n'y a aucune lacune, aucun intervalle dans la dévolution. S'il est conçu ou né, au moment où la succession est acquise à ses frères, on l'admet à succéder avec eux. — Où y a-t-il lacune, où y a-t-il intervalle?

5. Cela jetterait dans les familles et dans tous les droits la plus funeste incertitude.

Il ne faut pas qu'il y ait incertitude sur le sort des biens, ni de propriété résolutoire.

Mais s'agit-il de cela dans notre hypothèse? Nullement. Il s'agit si peu d'incertitude sur le sort des biens et de propriété résolutoire, que le Code autrichien décide que : la capacité pour succéder qui est acquise postérieurement,

(1) Planiol, III, n. 1709.

ne donne pas le droit d'enlever à d'autres ce qui leur est déjà légitimement échu (art. 546, C. C. autr.). *Ce qu'il faut, c'est préciser le moment auquel l'héritier doit avoir été conçu : est-ce celui de l'ouverture de la succession ou celui de la dévolution réelle à la classe dont il fait partie ! THAT IS THE QUESTION...*

S'il y a quelque chose de funeste dans les familles c'est de permettre que de deux frères, tous deux existants au moment où la succession de leur frère prédécédé leur est dévolue, un seul recueille la part des deux.

6. Il ne peut y avoir d'affection présumée possible pour ce qui n'existe pas encore. Pour ce qui n'existe pas encore, soit ; mais est-ce que le conçu existe déjà ? Pourquoi un frère aurait-il de l'affection pour un frère conçu le jour de son décès *dont peut-être il a même ignoré la conception*, et ne l'aura-t-il pas aussi pour tous ses frères à venir ?

Est-ce que mon frère prédécédé en Amérique a eu de l'affection pour ce frère conçu en France, dont il ignorait la conception et n'en a pas eu pour moi parce que je suis né après son décès ? Mais il n'a jamais connu ni l'un ni l'autre d'entre nous ; il n'a jamais rien su ni de la conception de l'un ni de la conception de l'autre.

Est-il admissible qu'un aïeul ait eu de l'affection pour l'enfant conçu par une de ses filles, et n'ait pas eu le même sentiment de tendresse à la pensée du petit-fils que lui donnera un jour cette autre fille. Et comment expliquer alors les substitutions fideicommissaires, les donations faites aux enfants à naître du mariage ? Et comment expliquer encore les fondations d'œuvres charitables ?

V. — *Nécessité et possibilité d'une extension du système autrichien.*

Si la loi autrichienne prévoit et évite justement des conflits possibles entre des parents du même degré, elle ne prévoit ni n'évite tous les conflits qui peuvent se présenter.

En effet, la loi autrichienne dit que pour succéder, il faut avoir la capacité au moment de la dévolution réelle de la succession, *des wirklichen Erbanfalles*. Donc si le 1^{er} janvier l'ordre des frères est appelé, c'est à ce moment qu'on apprécie la capacité de succéder. C'est ce qui a fait dire, justement, à Mommsen, que pratiquement la question ne se pose que lorsqu'il s'agit de la suppression de la première classe d'héritiers appelés et de l'appel d'une autre.

Or, pratiquement la question peut se poser même pour les premiers appelés.

Imaginez Primus qui meurt en Amérique laissant pour héritiers ses père et mère et un frère unique. Ce sont les premiers appelés. Dans le système du Code autrichien et dont Mommsen conseillait l'introduction en Allemagne, si un autre frère vient à naître dans un an ou deux, il n'aura aucun droit à la succession du prédécédé. Il se peut qu'il soit arrivé deux choses : soit que les héritiers de Primus aient appris son décès et aient accepté sa succession, soit qu'ils aient ignoré cette mort et ignoré par conséquent l'existence d'une succession. Le nouveau-né aura-t-il un droit sur cette succession ? Ni dans un cas ni dans l'autre, il n'en aura dans le système du Code autri-

chien, parce que la *dévolution réelle* a eu lieu au moment du décès du *de cujus*, à l'égard de ses auteurs et du frère qui vivait à cette époque, et que la capacité acquise postérieurement ne lui donne pas, conformément à son article 546, le droit d'enlever à d'autres ce qui leur est déjà légitimement acquis. Or, la question se pose de savoir, si le frère premier-né a bien acquis quoique ce soit. Il a acquis, selon le Code autrichien, puisque la dévolution réelle a eu lieu. Nous pensons, au contraire, qu'il n'a rien acquis du tout.

Il y a dans cette hypothèse autant d'injustice à priver le nouveau-né de la succession, que dans celle que le Code autrichien admet, car si, dans notre exemple, la dévolution réelle a eu lieu le jour du décès, les héritiers à qui elle a été dévolue n'en ont eu aucune connaissance et n'ont rien pu acquérir, car pour acquérir il faut — et il le faut surtout dans le Code autrichien — une manifestation de volonté, qui n'a point eu lieu. Puisqu'on s'est dégagé de la fiction de la transmission de la propriété par le *de cujus*, puisqu'on admet, au lieu de la dévolution fictive, la dévolution réelle, faisons un dernier pas, franchissons le dernier échelon de cette échelle qui nous mène à la plus parfaite justice, et *substituons à la dévolution réelle, l'acquisition réelle*.

Ainsi, dans le système que nous préconisons les choses se passeraient de la sorte. Primus meurt laissant pour premier appelé un enfant ; celui-ci accepte la succession, tout est fini ; s'il renonce ou est écarté pour indignité ce sont les collatéraux qui sont appelés conjointement avec les parents.

Il est possible que ceux-ci aient ou non connaissance de la dévolution : s'ils ont connaissance de la dévolution, la succession peut être acquise par tous les collatéraux existants et capables conçus ou nés postérieurement au décès du *de cuius*, mais antérieurement à la dévolution réelle — système autrichien — et même par tous ceux qui ont été conçus ou qui sont nés postérieurement au moment de la dévolution réelle — système que nous préconisons — mais antérieurement à la *Erbserbkörung*. Tant qu'ils n'ont pas acquis cette succession, tout collatéral qui viendra au monde aura des droits égaux.

Si avant que les collatéraux acceptent, il vient au monde un petit-fils du défunt — descendant du fils écarté — celui-ci ne pourra pas accepter la succession, puisque celle-ci est déjà dévolue aux collatéraux et il n'appartient qu'aux collatéraux — mais à tous les collatéraux — même à ceux qui sont nés après la dévolution de l'accepter.

LE PRINCIPE SERAIT DONC : *D'une classe à l'autre, peuvent accepter tous les parents nés ou conçus avant la dévolution à la classe suivante.*

A l'intérieur de chaque classe, peuvent accepter tous les parents né ou conçus au moment de l'acceptation de ses cohéritiers.

§ III. — LE FŒTUS QUI N'EST PAS NÉ VIABLE

I. — *Position de la question*

Nous avons vu que les législations sur ce point se partagent en deux groupes ¹, dont l'un exige pour l'exis-

(1) Voyez *suprà*, le Tableau, p. 154-155 et texte p. 161. Le législateur roumain

tence, la naissance et la vie ¹, et l'autre la naissance, la vie et la viabilité. Si l'enfant n'est pas viable, quoique né, quoiqu'il aurait vécu un jour ou deux, ou trois, il ne succédera pas; au contraire, s'il naît viable, il succédera quoiqu'il soit mort quelques instants après sa naissance. On voit l'importance que la détermination de la viabilité présente dans les législations du deuxième groupe.

La loi ne détermine pas comment : elle a laissé pleine et entière liberté d'action aux juges pour le décider, en

ayant traduit exactement l'al. I de l'art. 725 C. C. Fr. n'a pu avoir l'intention de lui donner un autre sens. — Si après il a supprimé la viabilité c'est donc qu'il n'a pas voulu la demander. — Il n'y a donc aucune liberté d'appréciation pour le Tribunal Roumain : si l'enfant a vécu, il a existé, il a succédé. Il n'a pas à se préoccuper de la question si l'enfant présentait des garanties de vivre dans l'avenir. — Alexandresco (*op. cit.*, III, p. 236) et Naco (*op. cit.*, II, p. 30) sont de même avis que la loi a supprimé la viabilité. — La jurisprudence a décidé que « l'enfant né vivant peut hériter sans qu'il y ait à distinguer s'il est né viable ou non » (Apel Buc. I, 9 sept. 1892; Dr 92, p. 499).

(1) Le code Roumain est par ordre de date, un des premiers qui ait supprimé la condition de la viabilité. Malgré cette suppression, un auteur pense que la façon de s'exprimer de l'article 654 de ce Code (voyez *suprà*. » p. 154-155) qui exige que l'enfant « existe » prouve que l'esprit du législateur, n'a pas moins été d'exiger la viabilité, car pour qu'un enfant existe il faut qu'il soit viable; ce qui n'est pas viable n'existe pas, n'est pas un enfant dans le sens de la loi ! — Si le législateur n'a pas reproduit le mot « viable » c'est qu'il a entendu laisser la question à l'appréciation des tribunaux (Petresco, *op. cit.*, I, p. 93 et 102. Il y a là une véritable pétition de principe. Il s'agit justement de prouver pour qu'un enfant existe, s'il faut ou non qu'il soit viable et on nous dit que ce qui n'est pas viable n'est pas un enfant aux yeux de la loi. Or c'est précisément là ce qu'il s'agit de démontrer. Nous pensons tout au contraire que la loi en supprimant la condition de viabilité a supprimé cette exigence. — La loi veut que l'enfant existe » or celui qui n'est pas viable n'existe pas moins, puisque tout ce qui respire existe. — Pour nous l'existence se réfère au présent; la viabilité à l'avenir. — Un enfant existe, qui vit : un enfant est viable, qui pourra exister dans l'avenir. — D'ailleurs la rédaction du premier alinéa de l'article 654 sur lequel se fonde M. Petresco est identique à l'article 725, ali. I, C. C. Fr. Voyez note précédente.

s'inspirant des circonstances de la cause et des éléments de conviction que les parties lui auront fournis.

Pas plus que le législateur, les auteurs ne peuvent déterminer ce qu'il faut entendre exactement par viabilité. — Chabot disait qu'un enfant n'est pas viable lorsqu'il naît pour mourir. L'expression n'est pas de beauté littéraire; mais elle manque tout à fait de précision juridique.

Nous naissons tous pour mourir. Et entre cet enfant qui est mort au bout de quelques minutes bien que régulièrement conformé, et cet autre qui ne meurt qu'au bout de quelques heures ou de quelques jours bien que difforme, il est difficile de décider, lequel des deux on pourra dire plutôt, qu'il est né pour mourir.

Demolombe ¹, veut que la viabilité soit l'aptitude à vivre, et il répute n'avoir pas de vitalité ceux qui sont d'une faiblesse et d'une extrême débilité de constitution ou chez qui il y a absence totale ou imperfection ou difformité de l'un des organes nécessaires à l'existence, indifféremment d'ailleurs que cette difformité ou imperfection ait été contractée pendant la grossesse dans le sein de sa mère ou ne soit que le résultat de l'accouchement lui-même ².

Pour M. Planiol ne sont pas viables : les enfants normalement conformés qui naissent avant le terme à une époque où le développement de leurs organes n'est pas assez avancé pour leur permettre de vivre et les enfants

(1) Demolombe, XIII, n. 180. — M. Roguin estime qu'il est fort peu naturel qu'on permette de succéder à celui qui n'a pas l'aptitude à vivre « *au moins quelque temps* » (Roguin, *op. cit.*, I, n. 142-143. Mais il a soin de ne rien préciser : combien de temps; une heure, un jour, un mois, une année : vingt ans ?

(2) *Ibid.*, XII, n. 181.

monstrueux, comme les acardiens, les acéphales et autres chez lesquels la vie s'arrête dès que le cordon ombilical est coupé !

On voit qu'on est bien loin de s'entendre. Il y a autant de distance de la théorie de Demolombe à celle de M. Planiol qu'il y en a du ciel à la terre. Telle qu'elle est, la théorie de M. Planiol, arrive presque à ne plus appliquer la condition de viabilité, puisque tout enfant né *à terme*, même difforme, imparfait, ou d'une faiblesse et d'une extrême débilité de constitution, même *inapte* à vivre de la vie extra-utérine est viable si sa vie ne s'est pas arrêté dès que le cordon ombilical a été coupé ¹.

On est si loin de s'entendre, — et cela est vraiment difficile — qu'alors que M. Planiol — suivant en cela Demolombe et les anciens auteurs — parle de « enfants monstrueux », M. Huc demande ce que c'est qu'un monstre et se porte garant de ce qu'il n'y a pas et il n'y a jamais eu des monstres ². Il est regrettable que M. Huc ne se porte pas garant pour l'avenir : nous eussions été tout à fait tranquilles ! Il dit en effet qu'il n'y a pas et qu'il n'y a jamais eu, mais non qu'il n'y en aura pas. C'est bien dommage.

Dès auteurs parlent de monstres, comme les acéphales chez qui la vie s'arrête dès que le cordon ombilical est coupé ; d'autres de répliquer que l'acéphale n'est qu'un enfant d'une conformation bizarre et que la vie de l'acéphale ne s'arrête pas dès que le cordon ombilical est coupé, témoin tel acéphale qui a vécu 17 jours.

(1) Planiol, I, n. 368.

(2) Huc, V, n. 38.

Ainsi, si la question de la vitalité de cet acéphale se fut posée et qu'il y eut, dans le Tribunal, deux juges, dont un eut été de l'école de M. Planiol et l'autre de l'école de M. Huc, nous imaginons, qu'en chambre de conseil, on aurait assisté au dialogue suivant :

— Mon cher collègue, il s'agit d'un acéphale, or un acéphale est un monstre, mais si monstre qu'un acéphale puisse être, puisque sa vie ne s'est pas arrêtée dès que le cordon ombilical a été coupé, puisqu'il a vécu 17 jours, il est né certainement viable.

— Allons donc, mon cher collègue, vous n'y pensez pas, un monstre, mais il n'y en a jamais eu de monstres ; un acéphale est un enfant comme tous les enfants, mais si enfant que cet acéphale puisse être, puisqu'il n'était pas conformé pour vivre d'une vie moyenne ordinaire, sauf accident ou maladie, quand bien même il aurait vécu 170 jours, il est né certainement non viable.

— Tout cela n'est pas très clair : un monstre qui est un enfant, et qui hérite en tant que monstre mais n'hérite pas en tant qu'enfant !

.

De quelle législation le Code s'est-il inspiré pour exiger la condition de la viabilité ?

Le droit romain ne la demandait point : du moins, s'il faut en croire Domat et Laurent qui nous rapporte que Savigny avait donné raison à Domat ¹.

L'ancien droit ne le demandait pas non plus. — Domat discute longuement diverses hypothèses, ne demande pas

(1) Laurent, VIII, n. 546.

autre chose que l'enfant naisse vivant et à terme ¹. — Il ne faisait exception què pour le *monstruosus partus*. ., Pothier, moins exigeant, reconnaissait la qualité d'héritier même aux enfants nés avant terme, s'appuyant sur une Constitution d'Antonin le Pieux et le sentiment d'Hypocrate ².

Ce sont donc les auteurs du Code qui ont inventé la *vitæ habilis*. — C'est une innovation inutile et fâcheuse, puisque sa définition est impossible à donner, et que partant il n'y a aucune règle certaine pour savoir quand le fœtus qui vient de naître est un enfant et quand il ne l'est pas. — Et pourquoi ce traitement différent pour chacun de ces deux enfants, tous deux venus au monde au même instant et partis aussi le même instant ! L'un sera existant, l'autre ne le sera pas ³. — L'un succédera, l'autre ne succédera pas. — Ne voit-on pas combien cela est inique ⁴. — Inique non pas pour les enfants qui sont morts, mais pour les héritiers de chacun d'eux.

Au banquet de la vie, infortuné convive
J'apparus un jour et je meurs. .

(1) Domat, *Lois civiles*, 40, I. Fit. 55. II. — M. Alexandresco bien que reconnaissant la suppression de la condition de la viabilité par le législateur roumain, fait une réserve pour les enfants nés avant terme qui sont trop faibles pour pouvoir vivre. (Alexandresco, III, p. 236. n. 49. Voyez *supra*, p. 195, n. 1).

(2) Pothier, *Tr. des succ.* ch. I, S. II, art I ;

(3) La même solution est donnée en matière de révocation de donation pour survenance d'enfant. Malgré que l'art. 960 C. C. Fr. n'exige pas la *vitæ habilis*, la doctrine et la jurisprudence sont d'avis que la condition de vitalité écrite dans l'article 725 est une condition générale d'existence (Baudry et Colin, *Tr. des donations*, I, n. 1682.)

(4) Laurent, VIII, n. 546.

Pourquoi laisser vide sa place ! n'est-il pas l'enfant de son père ? N'est-il pas, bien que non conformé pour la vie, entré dans la vie ; n'a-t-il pas respiré et vécu quelque temps ? Comment appréciera-t-on, exactement, quand un enfant était ou n'était pas viable ? Que fera-t-on de la succession qui lui aura été dévolue s'il eût été viable : on ne la lui donne pas parce qu'il n'est pas viable ; mais on ne peut pas non plus la donner à autrui tant qu'il est encore en vie. — Peut-on admettre que la propriété de la succession soit ainsi suspendue ¹ ?

II. — *Qui doit prouver la vie et la viabilité*

La loi est muette et les auteurs ne s'entendent pas sur ce point. — Selon quelques-uns, il y a présomption que tout enfant est né vivant et que dès lors c'est à celui qui prétend qu'un enfant n'est pas né vivant, à en faire la preuve ². — Mais on pense généralement qu'une telle présomption légale n'existe pas ³ et que c'est à celui qui réclame la succession qu'il appartient de faire la preuve de la vie, conformément aux règles générales ⁴.

(1) Ces arguments ont été employés par les anciens auteurs qui ne reconnaissent point de viabilité. V. Demolombe, XIII, n. 180.

(2) Massé et Vergé sur Zachariæ II, p. 241 ; Vazeille, article 725, n. 3. Le Code Autrichien article 23 présume la vie. — L'ancienne législation roumaine présumait la vie, et s'il y avait doute sur le point de savoir s'il était vif ou mort, c'était à l'adversaire de faire la preuve contraire (code de Calimaki, article 35.)

(3) Baudry et Wahl, *Tr. des successions*, I, n. 177.

(4) Demolombe, XIII, n. 186 ; Aubry, et Rau, VI, p. 277, § 592 note 5 ; Laurent, VIII, n. 513 ; Baudry et Wahl, *op. cit.*, I, n. 177 ; Fuzier-Hermann article 725, n. 41, Alexandresco, *op. cit.*, III, p. 237, note 2. — La jurisprudence roumaine est de cet avis.

Un système intermédiaire prétend que si la vie ne se présume pas, du moins présume-t-on la viabilité. — Cette doctrine s'appuie sur l'article 725 qui considère la non viabilité comme une incapacité et sur le principe que la capacité est la règle, l'incapacité, l'exception¹. — La jurisprudence admet cette présomption.

Un auteur roumain, propose une distinction qui ne manque point d'intérêt : lorsqu'un enfant est né à terme, ayant tous ses organes, ou lorsqu'il a été inscrit à l'office de l'État civil, il y a présomption de l'homme et même présomption légale qu'il est né viable : ce sera donc aux adversaires des héritiers de l'enfant de prouver le contraire. Lorsque l'enfant a été extrait du corps de sa mère, qu'il a été né avant terme ou que sa conformation a été insuffisante ou qu'il n'a pas été inscrit à l'officier de l'État civil, il n'y aura aucune présomption : ce sera aux héritiers de l'enfant décédé à prouver sa vie et sa viabilité².

Nous croyons que l'opinion contraire est préférable : que celui qui élève une prétention doit en démontrer sa recevabilité conformément à la loi, dans l'espèce son existence, sa capacité, sa dignité et l'appel de la classe d'héritiers dont il fait partie. — Ce sera donc aux héritiers de l'enfant décédé à prouver que celui-ci est né viable³.

(1) Demolombe, XIII, n. 187 ; Vazeille, article 725, n. 3 ; Aubry et Rau, I p. 262, § 593, note 3 ; Fuzier-Hermann, article 725, n. 7, Baudry et Houques Fourcade, *Tr. des personnes*, I, n. 291.

(2) Petresco, *op. cit.*, I, p. 103.

(3) Laurent VIII, n. 547 ; Baudry-Wahl, *Fr. de successions*, I, n. 177. — Il est bizarre de remarquer que M. Baudry-Lacantinerie considère acceptable la présomption de viabilité en compagnie de M. Houques-Fourcade (*loc.*

III. — *Comment se prouvent la vie et la viabilité*

Preuve de la vie. — Tout nouveau-né doit être présenté à l'office de l'État civil afin qu'il y soit inscrit et l'officier de l'État civil mentionne si l'enfant lui a été présenté vivant. — C'est donc par l'acte de naissance qu'on fera la double preuve de la naissance et de la vie ¹.

Mais comme l'enfant n'est présenté à l'office de l'État civil, qu'un jour ou deux après et que dans l'intervalle l'enfant né vivant — ou même viable — a pu mourir, la mention que l'enfant a été présenté mort ne fournira aucune preuve ni présomption que l'enfant n'aurait pas été né vivant ou viable.

Dans cette hypothèse comme dans celle où il n'y a pas eu d'acte de naissance du tout, ce sera à ceux qui réclament la succession de l'enfant décédé à faire la preuve de sa naissance et de sa vie, ce qu'ils feront par tous les moyens ordinaires de preuve ², c'est-à-dire, tant par témoins que par expertises ou présomptions.

La preuve de la respiration est la preuve de la vie ; à cet effet, on plonge les poumons de l'enfant dans l'eau : s'ils surnagent, l'enfant a respiré, a vécu ; s'ils tombent au fond, l'enfant n'a pas respiré, il n'a pas vécu ³.

Les cris sont aussi une preuve de la vie, car ne peut

cit.), alors qu'il repousse cette présomption en compagnie de M. Albert Wahl (*loc. cit.*).

(1) Apel, I, Buc, 19 sept. 1892, Dr 92, p. 499; Mazzoni, I, n. 67. V. art. 374, al. dernier, C. C. Ital.

(2) Demolombe, XIII, n. 186; Laurent, VIII, n. 544; Baudry et Wahl, I, n. 182.

(3) Planiol, I, n. 369.

crier que celui qui respire . L'ancien droit allemand admettait comme suffisante la preuve que « l'enfant a crié entre les quatre murs et les a vus ¹ ». — Pour ce qui est des cris entre les quatre murs, c'est entendu ; mais pour ce qui est de les avoir vu, nous doutons fort, à moins qu'on ne prenne ces termes au figuré.

Mais la preuve que l'enfant n'a pas crié, ne faisait pas présumer qu'il n'a pas vécu. On pouvait encore prouver la vie par les mouvements faits par l'enfant ². Il en était de même dans l'ancien droit français ³. Mais il ne faudrait pas admettre indistinctement, les mouvements comme preuve de la vie : les pulsations, les mouvements convulsifs, des respirations incomplètes accompagnées de soupirs, ne sont plus souvent que la continuation de la vie intra-utérine, et peuvent procéder d'un reste de chaleur ⁴.

Preuve de la viabilité. — Nous avons vu les nombreuses difficultés que fait surgir cette condition. Généralement les tribunaux présument la viabilité, une fois que le demandeur a prouvé la vie. Mais la doctrine est en sens contraire et exige la preuve par le demandeur. De toutes façons, que ce soit le demandeur ou que ce soit le défendeur la preuve de la viabilité se fera toujours par tous les moyens et notamment par expertise médicale. Pour les monstres pourvu qu'ils aient une nature humaine — en admettant qu'un monstre puisse avoir une nature humaine — ils succéderont s'ils sont viables ⁵.

(1) Siegel, *op. cit.*, p. 12.

(2) Siegel, *loc. cit.*

(3) Baudry et Wahl, I, n. 182, note 7 et les auteurs cités.

(4) Demolombe, XIII, n. 178.

(5) Baudry et Wahl, I, n. 183.

Le Code civil de l'Espagne est le seul qui précise la question de la viabilité, et il se montre sur ce point fort exigeant : son article 30 demande deux conditions, forme humaine et vie extra-utérine de 24 heures au moins. Ainsi alors qu'en France on présume viable un enfant mort immédiatement après sa naissance ; qu'on admet la vitalité même si l'enfant n'a vécu que quelques instants pourvu qu'il ait été régulièrement conformé, il lui faut en Espagne 24 heures de vie. C'est un peu trop. Au contraire, le Code italien est le plus indulgent, son article 724 présume la viabilité toutes les fois que la vie est prouvée et qu'il y a doute sur la vitalité.

§ IV. — LE FŒTUS QUI EST NÉ

Les mort-nés n'ont aucun droit à la succession. C'est la conséquence de l'idée que le conçu n'est pas une personne, n'acquiert aucun droit ; la loi, par bienveillance protège les intérêts qu'il aurait eu s'il avait vécu. Et si la loi le fait, si elle s'occupe ainsi de ce qui n'existe pas, c'est parce que son existence prochaine est certaine. Mais si cette espérance ne se réalise pas, si le conçu vient mort au monde, il n'a jamais existé et n'a jamais pu acquérir. Il n'est pas un enfant aux yeux de la loi : *qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur ; quia nunquam liberi appellari potuerunt* ¹.

Certaines lois rappellent expressément cette règle ; c'est le cas du Code roumain ; les autres ne disent rien et ils ont raison car non seulement cela résulte de la condition de l'existence mais encore des principes généraux.

(1) D. 50 *De verb. signif.*, 129.

Lorsqu'il y a contestation sur la vie de l'enfant et que l'on prétend qu'il est mort-né, on emploiera les modes de preuve que nous avons indiqués quand il s'agit de prouver la vie de l'enfant.

§ V. — DES PERSONNES DÉJÀ MORTES ET DES COMOURANTS

I. — *Notions générales.*

De la condition de l'existence exigée au jour du décès, il résulte, par *a contrario* que les personnes déjà mortes le jour de l'ouverture de la succession ne peuvent pas succéder, et n'ont pas pu non plus transférer à leurs propres héritiers, le droit éventuel qu'ils avaient à la succession. Le Code autrichien est le seul qui ait réglé législativement cette intransmissibilité du droit éventuel de succession. Et il a eu tort de le faire car cela est trop élémentaire pour que la loi le dise. Un droit de succession est un droit éventuel, et ce droit éventuel est accordé aux héritiers présomptifs d'une personne sous la double condition qu'ils lui survivront et recueilleront sa succession, d'où cette conséquence toute naturelle que du vivant du *de cujus*, ils n'ont aucun droit sur les biens de la succession dont il s'agit, et ils ne peuvent pas non plus transmettre ce droit à leurs héritiers ¹.

II. — *Position de la question des comourants*

Il y a comourants lorsque deux ou plusieurs personnes meurent en même temps ; mais ce n'est pas dans cette acception large, que le mot est employé dans le langage du

(1) Planiol, II, n. 652 et I, n. 2655.

Code civil, mais dans une acception beaucoup plus étroite.

Pour qu'il y ait comourants dans le sens de la loi il faut trois conditions :

a) Que plusieurs personnes soient mortes dans un même événement ;

b) Que ces personnes soient réciproquement héritières les unes des autres ;

c) Que chacune d'elles ait des héritiers différents.

La question se réduit à une preuve à fournir : si une de ces personnes est morte la première, afin de savoir si son héritier comourant a recueilli ses biens et les a transmis à ses propres héritiers ou bien, si elles sont mortes toutes ensemble et s'il n'y a pas eu dévolution de succession de l'une à l'autre, auquel cas chacune d'elles aura transmis ses biens directement à ses héritiers survivants.

III. — *Évolution de la notion des comourants*

Telle qu'elle se présente dans le Code Civil Français, la notion des comourants est sensiblement différente de celle de l'ancien droit. Les anciens auteurs ne demandaient que la réunion des deux dernières conditions. Ils ignoraient la nécessité d'un même événement. Pothier parle de « deux personnes dont l'une est héritière de l'autre et qui sont mortes à peu près en même temps. » Il suffisait pour qu'il y ait comourant qu'il y ait mort de deux personnes réciproquement héritières, et que chacune d'elles ait des héritiers différents, quelle que soit la ou les causes qui ont occasionné la mort.

Il n'en est plus de même en droit moderne. Les auteurs du Code ont restreint la notion. Il faut désormais « que

les personnes soient mortes dans un même événement » ce qui doit s'entendre d'un événement « unique ». Il s'en suit que des accidents qui, dans l'ancien droit, soulevaient la question des comourants ne la soulèvent plus aujourd'hui.

Il en est ainsi de l'assassinat, de l'empoisonnement, de la guerre, la maladie, etc., car, dans ces cas, l'événement qui a donné la mort n'était pas un : il y avait autant d'événements que de personnes mortes ; autant d'assassinats différents que de personnes assassinées ; autant de verres de poison ou d'action de boire indépendante qu'il y a eu de personnes empoisonnées ; autant de coups de balles qu'il y a eu de soldats morts ; autant de maladies différentes ou de degré différent qu'il y a eu de personnes qui ont succombé.

Quelle est la raison de cette restriction apportée par le Code ? Les auteurs du Code ont eu parfaitement raison de restreindre l'ancienne théorie des comourants, parce qu'ils ont changé le mode de preuve dans cette hypothèse.

Tandis que, en effet, comme nous le verrons, l'ancien droit ignorait les présomptions rigides d'âge et de sexe, pour employer selon les cas des présomptions appropriées, les auteurs du Code ont créé des présomptions rigides d'âge et de sexe. — Dès lors s'il pouvait être admissible — malgré que cela ne le soit pourtant pas — que dans un naufrage ou un incendie, ou un déraillement, ou un tremblement de terre, le plus âgé ou le moins âgé, selon le cas, a dû survivre parce qu'étant plus fort, plus résistant, il y a dû lutter davantage ¹ : il ne pouvait plus être admissible du tout que dans un assassinat, un empoisonnement, une maladie, une guerre, le plus âgé ou le moins âgé ait

(1) Même dans ces cas il y a une restriction à faire. V. *infra*, p. 209 et s.

survécu, car il ne s'agit plus du tout de la capacité de résistance sur laquelle ils ont fondé les présomptions de survie ¹.

Tandis que, en effet, dans un naufrage où deux enfants dont un de dix ans et l'autre de quinze, se trouvent aux prises avec les vagues furieuses de la mer, il est admissible que l'enfant de quinze ans ait su se défendre mieux, résister davantage ; cela serait tout à fait insoutenable s'il y avait eu assassinat puisque tous les deux n'ont pu être *simultanément*, aux prises avec un danger égal, mais *succesivement*, aux prises avec un danger inégal. Un assassin ne peut pas tuer deux personnes en même temps ni avec la même mesure. — Une, aura pu recevoir un coup de couteau mortel, l'autre, a pu recevoir de nombreux coups. Et ce qui rend plus inadmissible l'emploi des présomptions de survie dans ces hypothèses, c'est qu'il est presque certain que le premier mort aura été le plus âgé — contrairement à la présomption légale — puisque l'assassin aura voulu se débarrasser d'abord de celui qui pouvait lui opposer plus de résistance.

En dehors de l'argument que nous avons apporté en faveur de la restriction, nous pouvons tirer un argument de la comparaison des législations étrangères. Nous remarquons que les législations qui prévoient l'hypothèse de plusieurs personnes qui sont mortes en même temps et qui sont revenues à la solution de l'ancien droit français de la liberté de la preuve ou des présomptions de fait, ne parlent plus du tout, comme le Code Civil français, de même événement.

(1) Baudry et Wahl, *op. cit.*, I, n. 128-129.

Ainsi le C. C. Italien parle tout simplement du cas où il y a doute sur le point de savoir lequel de deux ou plusieurs individus appelés respectivement à se succéder, a cessé le premier de vivre, C. C. Ital., art 924.

Le C. C. Espagnol s'exprime de la même façon dans l'art. 33. — Et si le Code Portugais dans l'art. 1738 parle des cas où « le *de cujus* et ses héritiers ou légataires périssent dans un même événement » il ajoute tout de suite « ou le même jour », ce qui permet l'application de l'article, même au cas où les personnes ne sont pas mortes dans un même événement.

IV. — *Notion différente des comourants en droit français et en droit étranger*

Il y a donc un abîme entre la notion des comourants en droit français et celle du droit étranger. — Pour les législations étrangères, il y a comourants lorsqu'on trouve mortes, deux personnes qui sont réciproquement héritières l'une de l'autre, quelle que soit la cause qui provoqua leur mort, ou l'endroit où l'événement les aura surpris.

Au contraire, en droit français, la cause qui a provoqué la mort est du plus haut intérêt : car, selon qu'elle rentrera ou non dans la définition du « même événement », on appliquera ou non les présomptions de l'art. 725 et suivants. L'endroit où l'événement s'est produit influe dans le même sens : ainsi il ne suffit pas d'un naufrage, d'un tremblement de terre, d'un déraillement de chemin de fer, d'un incendie, il faut encore que les comourants soient surpris au même endroit ; il faut qu'ils aient été tous deux sur le même

bateau, dans la même ville, dans le même train, dans la même maison.

V. — *Conditions requises pour qu'il y ait comourants en droit français et en droit étranger*

Nous avons vu que l'article 720 posait trois conditions : les lois étrangères, comme l'ancien droit français¹, ne posent que les deux dernières. — Nous étudions ici les trois conditions du droit français, et nous rappelons que les deux dernières s'appliquent aussi en droit étranger.

a) *Un danger unique et commun.* — Il faut que les personnes mortes aient eu à lutter avec le même danger et au même endroit. Ainsi dans l'incendie d'une maison, le naufrage d'un navire, l'inondation d'une ville, le déraillement d'un train, l'explosion d'une machine, un tremblement de terre, une asphyxie², il y aura lieu à appliquer les dispositions légales, toutes les fois que les comourants ont été dans la même maison, le même navire, la même ville, etc. Mais si un tremblement de terre se faisait sentir dans toute la France, et qu'une des personnes s'est trouvée à Paris à et l'autre Bordeaux il n'y aura pas lieu à l'application des présomptions de survie. — Au contraire nous l'avons vu, il y aura, dans ce cas, comourants dans les législations étrangères. — De même, il y aura comourants dans les législations étrangères et il n'en sera pas de même en France dans les cas d'assassinat, d'empoisonnement, de maladie etc., puisqu'ici le danger a été double, triple, quadruple selon

(1) Voyez *suprà*, p. 206.

(2) Voyez pour d'autres cas, Demolombe, XIII, n. 114; Aubry et Rau, 265, n. 53; Laurent VIII, n. 514; Baudry et Wahl, I, n. 129.

le nombre des personnes qui ont succombées, alors que le Code demande un événement unique.

b) *Réciprocité de droit successoral*¹. — Pour que le problème de la preuve se pose, il faut que les parties soient réciproquement héritières. — Primus et Secundus meurent dans un même événement : si Primus avait vocation à la succession de Secundus, et réciproquement, la question se pose ; mais si Secundus n'avait pas de vocation à la succession de Primus la question ne se poserait pas. Et la question ne se poserait pas, non pas, parce qu'il n'y aurait pas intérêt à la poser, mais parce que la loi ne le permet pas. La présomption est de droit étroit, son application ne saurait être étendue à d'autre cas².

Il n'y aurait pas non plus lieu à l'application des présomptions légales au cas où les deux comourants s'étaient institués réciproquement légataires universels mais n'étaient point héritiers *ab intestat*, l'un de l'autre³.

c) *Chaque comourant doit avoir des héritiers ab intestat*

(1) Il ne suffisait pas en droit romain de la réciprocité ; encore fallait-il que les victimes soient réciproquement héritiers siens et nécessaires, car ce n'est qu'à leur égard que la succession était acquise le jour du décès, alors que les autres héritiers devaient faire *additio*. Si donc Primus était héritier de Secundus, mais n'était pas son héritier sien, il n'y avait pas lieu à l'application des présomptions que nous indiquerons. En effet, quand bien même il aurait survécu à Secundus, il n'aurait pas acquis sa succession faute d'avoir fait *adition*. Dans le droit autrichien actuel, la succession n'est acquise à aucun héritier sans une déclaration de volonté. Néanmoins si un héritier est mort après le décès du *de cuius*, bien que n'ayant pas fait acte d'acquisition, il transmet son droit à ses héritiers (C. C. autr., art. 537).

(2) Demolombe, XIII, n. 109 et 112 ; Laurent, VIII, n. 520 ; Fuzier-Herman, art. 720 ; Baudry et Wahl, I, n. 124^a.

(3) Demolombe, XIII, n. 117 ; Laurent VIII, n. 522 ; Fuzier-Herman, art. 720, n. 10 ; Baudry et Wahl, I, n. 124^b.

différents. — Si les personnes qui sont mortes dans l'accident et qui étaient réciproquement héritiers, avaient après leur mort les mêmes héritiers la question de savoir laquelle d'entr'elles est morte la première, ne présenterait aucun intérêt, puisque soit que Primus ait succédé à Secundus, ou celui-ci à Primus, c'est toujours Tertius qui doit recueillir leurs biens. — Mais si Primus avait pour héritier Tertius, et Secundus, Quartus, on voit le grand intérêt de la preuve.

Ainsi supposons qu'un père soit mort avec son fils dans un naufrage, laissant pour tous héritiers, le père, sa femme, son frère, et le fils, sa mère et sa nièce. — Chacun d'eux avait une fortune de 100. — Si c'est le fils qui est mort le premier, son père sera hérité de lui 50 et sa mère 50. — Le père mourant aura transmis à son frère 100 + 50 sur lesquels la mère aura un usufruit de moitié. — Au contraire si c'est le père qui est mort le premier son fils a hérité de tout et aura transmis à sa mère 200. — Dans la première hypothèse la mère avait 50 en pleine propriété et 75 en usufruit, dans la seconde elle a 200 en pleine propriété.

VI. — *Solution de la question des comourants*

a) DROIT ROMAIN. — La règle était, en droit romain, qu'il appartenait aux parties de faire la preuve par tous les moyens, que telle personne est morte la première, et à défaut de toute preuve, on présumait que toutes les victimes sont mortes à la fois : *in quibus casibus si pariter decesserint, nec appareat quis ante spiritum emiseric, non*

*videtur alter alteri supervixisse*¹ ; partant, il n'y avait pas de dévolution entre les comourants ; la succession de chacun d'eux allait directement à ses héritiers personnels, en vie.

Mais si les comourants étaient un père ou une mère et son fils, la loi décidait exceptionnellement que le fils a dû survivre à ses parents, s'il était pubère ; que, au contraire, ses parents lui auront survécu s'il était impubère : Si Lucius Tetius cum filio pubere, perierit : intelligitur supervixisse filius patri heres fuisse, et filii hereditas successoribus suis defertur nisi contrarium approbetur². — Quod si impubes cum patre filius perierit, creditur pater supervixisse, nisi et hoc contrarium approbetur³.

Et si l'on pense que le fils devenait pubère à 14 ans, et la fille, nubile à 12 ans, on peut se faire une idée de l'arbitraire de la solution.

Mais si le père de l'enfant était un affranchi, par respect envers le patron de celui-ci, c'était toujours le fils qui était présumé décédé le premier : Si cum filio suo libertus simul perierit, intestati patrono defertur hereditatis, si non probatur supervixisse patri filius, hoc enim reverentia patronatus suggerente dicimus⁴.

b) ANCIEN DROIT. — Introduites du droit romain, les solutions romaines y furent respectées. Ces questions se résolvaient par des présomptions qui résultent des circons-

(1) D. 34, 65., *De reb. dubiis*, 18 Prisc., *in fine*.

(2) D., 34, 5, *De reb. dubiis*, 9, 4, *ab initio*. — V. pour le cas de la mère, même présomption, D., 34, 5, *De reb. dub.*, 22.

(3) D., 34, 5, *De reb. dubiis*, 9, 4, *in fine*. — V. pour le cas de la mère, même présomption, D., 34, 5, *De reb. dub.*, 23.

(4) D., 34, 5, *De reb. dubiis*, 9, 2.

tances ¹. On admet toutefois les présomptions concernant les cas où il s'agissait de père et fils. En outre, en cas de naufrage, incendie ou inondation on présumait généralement que le plus fort a dû survivre ; mais le juge n'était pas lié par cette présomption. Pothier proposa en outre de présumer, d'une façon générale, que, entre deux personnes de même sexe le plus jeune a survécu : mais s'ils sont de sexe différent la femme comme plus faible, est présumée morte la première ².

Dans l'ancien droit roumain s'il y avait doute sur l'antériorité de la mort, c'était à celui qui alléguait cette antériorité d'en faire la preuve par tous les moyens. A défaut de toute preuve, on présumait que toutes sont mortes à la fois, et il n'y avait pas lieu à dévolution de l'une à l'autre ³.

c) DROIT ACTUEL. — Les législations modernes sont partagées sur la solution à donner au conflit. Un premier groupe admet toute sorte de preuve mais pose subsidiairement des présomptions de survie fondée sur l'âge et le sexe ; un second groupe admet toute sorte de preuve mais pose subsidiairement la présomption que toutes sont mortes à la fois ; un troisième groupe ne résout pas du tout le problème, qu'on abandonne ainsi, au jeu naturel de la preuve.

I. LE PREMIER GROUPE est formé par la France et la Belgique. Ce sont les premières législations, qui n'ayant pas encore modifié leur Code, n'ont pas encore pu se prononcer sur le maintien dans l'avenir des présomptions d'origine romaine.

(1) Pothier, *Tr. des successions*, chap. III, s. I, § 1.

(2) Pothier, *Intr. à la cout. d'Orléans*, s. V, art. 1.

(3) Code de Callimaki, art. 37.

En principe, les parties intéressées feront la preuve de l'antériorité du décès, qu'elles proclament. Comme il s'agit de la preuve d'un fait on ne demande jamais d'écrit. On fera la preuve par le témoignage de quelqu'un qui aura survécu au désastre ou qui aura assisté, ou qui, de toutes façons, a pu être informé du sort des victimes ; on pourra prouver par le livre du bord si celui-ci a marqué l'heure de la mort des divers personnages ; ou bien on se servira des mémoires écrits par un survivant ; on aura recours, au besoin, à l'expertise des cadavres qui peut indiquer à combien de temps remonte la mort de chacun ¹.

A défaut de ces preuves positives, on recourra, en seconde ligne, à des présomptions tirées des circonstances de fait, présomptions qui ne seront admises qu'autant qu'elles seront, conformément à l'art. 1353 « graves, précises et concordantes » ². On tirera des présomptions, de la force physique, de l'état de santé, des connaissances spéciales des victimes ³, etc.

Mais il est défendu au juge de tirer des présomptions de l'âge ou du sexe des comourants, car, à défaut de toute preuve ou présomption lorsqu'on en vient aux présomptions de l'âge ou du sexe, c'est à la loi, aux présomptions qu'elle pose, qu'il faut absolument se référer.

Présomption d'âge : 1° au-dessous de quinze ans, le plus âgé sera présumé avoir survécu ; 2° au-dessus de soixante ans c'est le plus jeune qui sera présumé avoir survécu ;

(1) Demolombe, XIII, n. 97 ; Mazzoni, *op. cit.*, I, n. 58.

(2) Demolombe, XIII, n. 98 ; Baudry et Wahl, I, n. 118 ; Mazzoni, I, p. 59-60).

(3) Demolombe, XIII, n. 99 ; Baudry et Wahl, I, n. 119 ; Mazzoni, I, p. 61).

3^o entre quinze et soixante ans, c'est le plus jeune qui a survécu si les deux victimes sont du même sexe : 4^o si les uns avaient moins de quinze ans et les autres plus de soixante les premiers seront présumés avoir survécu.

Présomptions de sexe : entre quinze et soixante ans s'il y a égalité d'âge ou si la différence d'âge n'excède pas une année, c'est le comourant du sexe masculin qui sera présumé avoir survécu.

Qui peut invoquer les présomptions de survie. — Tout intéressé, soit héritier, soit légataire à titre universel¹, soit les créanciers du dernier mourant², puisqu'il s'agit d'un droit pécuniaire.

Si c'est un légataire universel du dernier mourant, les articles 720 et suivants, ne s'appliquent que dans l'hypothèse où le comourant prédécédé était un héritier réservataire du testateur, car dans ce cas seulement il aurait pu recueillir la succession de celui-ci. Si le comourant n'est pas l'héritier réservataire du testateur, le légataire universel ayant acquis tous les biens de celui-ci, nous ne sommes plus dans le cas prévu par la loi : les comourants n'étaient plus héritiers réciproques³.

II. DEUXIÈME GROUPE. — Le deuxième groupe comprend l'Autriche, l'Italie, le Portugal, l'Espagne, l'Allemagne, la Suisse et la Hongrie. Dans ce système des deux premières étapes se passent comme en droit français : on fait la preuve par tous les moyens et on recourt au besoin aux présomptions tirées des circonstances de la cause⁴; mais

(1) Baudry et Wahl, I, n. 130.

(2) Laurent, VIII, n. 523.

(3) Baudry et Wahl, I, n. 131; Laurent, *loc. cit.*

(4) Voyez *suprà*, p. 215.

après avoir épuisé ces deux moyens, la solution n'est plus la même. La présomption de survie est remplacée par une présomption de mort simultanée¹. On est donc revenu à la solution du droit commun et du droit romain.

C'est donc le résultat normal de l'application de la preuve et du défaut de preuve. On ne saurait admettre de présomptions de survie, car une prétention qui ne peut pas être prouvée n'existe pas aux yeux du droit².

Mais si le défunt avait fait un testament en instituant un héritier ou un légataire, il n'y a plus lieu à l'application de la présomption ; ce sera l'institué qui recueillera les biens et non pas l'héritier légitime du défunt³.

III. TROISIÈME GROUPE. — Ce groupe comprend la Roumanie et le projet du C. C. Belge. La loi ne prévoit plus du tout l'hypothèse des comourants. On applique le jeu normal de la preuve ou du défaut de preuve qui aboutit nécessairement mais indirectement, si le juge ne peut former sa conviction, à la présomption légale du deuxième groupe législatif, que tous sont morts à la fois et qu'il n'y a pas lieu à dévolution héréditaire entre eux⁴. Pour arriver à cette solution, on doit argumenter des articles 120 121 et C. C. roumain (art. 135, 136 C. C. Fr.) relativement à l'absence⁵,

(1) M. de Meulenaere écrit sous l'art. 20 du C. C. Ail., que les présomptions du Code Napoléon « sont conformes à la nature des choses » et « qu'à défaut de tout élément de preuve à tirer des circonstances, il faudra bien revenir aux indications du C. Napoléon. » — C'est très curieux ce qu'écrit là, M. Meulenaere. Puisque tous sont censés décédés, comment reviendra-t-on, aux présomptions du Code Napoléon ?

(2) Kohler, *op. cit.*, I, 302, 303.

(3) Mazzoni, *op. cit.*, I, 63, n. 31.

(4) Alexandresco, *op. cit.*, III, p. 226 ; Petresco, *op. cit.*, I, p. 43 et s.

(5) Laurent, VIII, n. 517.

et aux termes desquels celui qui réclame un droit échu à un individu dont l'existence n'est pas reconnue, devra prouver que ledit individu existait quand le droit a été ouvert : jusqu'à cette preuve il sera déclaré non recevable dans sa demande.

Et si ce droit est un droit successoral, l'article 121 C. C. Roumain (art. 136 C. C. Fr.) dispose que la succession sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut.

Critique du système roumain. — On a tout récemment contesté l'application des articles de l'absence dans l'espèce des comourants ¹. Mais on n'a apporté aucun argument à l'appui de cette contestation. On s'est borné à dire que la succession aux biens d'une personne dont l'existence n'est pas certaine est fort différente de l'hypothèse des comourants. Il fallait démontrer où est la différence, car on ne l'aurait pas facilement trouvée.

Réfutation. — L'article 120 contient un principe général applicable en toute matière où il s'agit d'un individu dont l'existence n'est pas certaine à un moment donné. Or, dans l'hypothèse des comourants, s'il y a certitude actuelle de la mort, il y a incertitude pour le moment donné de la dévolution de la succession. Il s'agit de prouver que celui dont on est héritier a survécu au moment où la succession de celui dont on affirme l'antériorité de la mort, devait lui être dévolue. Il faut prouver qu'il a réellement survécu à ce moment. Or, il y a incertitude et l'article 120 parle précisément de l'hypothèse où

(1) Roguin, *op. cit.*, I, n. 144.

il y a incertitude sur l'existence d'un individu au moment où un droit lui est échu.

VII. — *Critique du système des présomptions de survie. —
Supériorité de la loi roumaine*

Les présomptions de survie qui nous viennent du droit romain, et qui subsistent encore dans les lois du premier groupe, sont « fragiles, incertaines et chanceuses¹ ».

Et cela est fort exact. — Imaginez deux frères, âgés l'un de douze ans, l'autre de quinze ans. Le premier sain, le second débile. Est-il bien certain que ce dernier a néanmoins survécu. — Quelle différence y a-t-il entre un vieillard de 60 ans et un autre de 61 ? Est-il admissible qu'un enfant de quinze ans révolus se défende mieux et résiste davantage qu'un homme de trente ans ?

Mais la quatrième présomption est le comble de la déraison : un enfant d'un jour sera présumé avoir survécu dans un naufrage, dans un incendie, à un homme de soixante ans révolus !

A quoi bon toutes ces présomptions inexactes. — Heureusement leur application est des plus rares, soit à cause de la possibilité de faire la preuve par tous les moyens, soit à cause de l'admissibilité des présomptions de l'homme autres que celles tirées de l'âge et du sexe, soit enfin à cause de la restriction de la notion des comourants.

Mais il est encore d'autres limites à l'application de ces textes. Même lorsque les comourants réunissent les trois conditions de la loi, encore faut-il qu'ils soient dans les conditions d'âge ou de sexe, voulues.

(1) Demolombe, XIII, n. 110; Laurent, VIII, n. 517,

Ainsi on n'applique pas les présomptions :

a) Si l'un des comourants appartient par son âge à la première période et l'autre à la seconde : ainsi par exemple si le père était âgé de 40 ans et le fils de 10 ans.

b) Si l'un des comourants appartient par son âge à la deuxième période et l'autre à la troisième : le fils avait 40 ans ; son père 60 ans :

c) Il en est encore ainsi si tous les deux appartenaient à la même période : deux frères âgés tous deux de dix ans, ou de trente ans ou de soixante ¹.

Dans tous ces cas, que la loi n'a pas prévus, il est évident que les présomptions de survie seront écartées, car elles sont de droit strict et leur application ne saurait être étendue par analogie à des cas que la loi n'a pas prévus ².

Puisque dans ces hypothèses, à défaut de toute preuve ou présomptions de l'homme qui soient graves, précises ou concordantes, on devra les considérer tous morts à la fois, ne valait-il pas mieux donner une seule mesure au lieu de deux ?

§ VI. — DES ABSENTS

I. — *Position de la question et solution législative*

Il ne s'agit pas ici de la succession laissée par un absent. Un absent ne laisse pas de succession. La mort seule peut ouvrir la succession. La question c'est d'établir ce que l'on doit faire si un droit quelconque, et plus spécialement

(1) Demolombe, XVII, n. 102 ; Laurent, VIII, n. 519 ; Baudry et Wahl, I, n. 121.

(2) Demolombe, XIII, n. 112 ; Baudry et Wahl, I, n. 133.

un droit de succession, s'ouvre au profit d'une personne dont l'existence n'est pas reconnue — ce que comprend forcément les absents — au moment où ce droit lui est échu.

Conformément aux articles 135 et 136 du C. C. Fr. ceux qui réclament des droits échus à l'absent doivent prouver son existence au moment de l'échéance du droit. A défaut de cette preuve, ils ne seront pas recevables. Il n'y aura pas lieu à dévolution au profit de l'absent. Les biens qui devaient lui échoir iront à ceux avec qui il devait être en concours s'il vivait à l'époque convenue, ou à ceux qui venaient à sa place s'il était seul à recueillir le droit.

La dévolution au profit de ces personnes s'opère immédiatement et sans aucune garantie. Ce qui sauvegarde efficacement les droits de ceux-ci, mais ce qui ne protège nullement les intérêts de l'absent qui pourrait revenir.

Le droit allemand qui a une législation différente de l'absence, tend à assimiler la probabilité de mort à la mort elle-même, après avoir eu recours à des présomptions pour préciser l'instant auquel l'absent sera déclaré mort : *Todeserklärungsurteil* ¹. — Il s'ensuit par conséquent que si

(1) Kohler, *op. cit.*, I, p. 287. Ce système de la déclaration de mort est, dit cet auteur, le plus rationnel. Il critique ensuite le système de l'âge fixé : 100 ans comme en droit français ; 70 ans comme en droit portugais (V. Coelho da Rocha, *Instituições de dir. civ. port.*, I, p. 270-273), système qu'il croit être d'origine italienne et affirme fièrement que le système allemand — « *wird die welt erobern* » — conquerra le monde. Or, il arrive que si le système de l'âge fixé qui est mauvais — peut être ne l'est-il pas tant que cela — est d'origine italienne et est admis par le Code Civil Français ; le système de la déclaration de mort qui est admis par le Code Civil Allemand et qui « *wird die welt erobern* », est d'origine française. En effet, Pothier (Introd. à la Cour d'Orléans, S. I, § 2, n. 7), critiquait vigoureusement le système de l'âge fixé — malgré qu'il paraissait en ignorer l'origine — et écrivait « mais elle

la mort a été déclarée, sa part de succession était recueillie par ses cohéritiers ou par ceux qui viennent à sa place ; si la Todeserklärung n'a pas encore été faite, l'absent étant présumé vivant, il y a lieu, à l'application au profit de son pupille d'un droit d'assistance, qui sauvegarde ses intérêts¹. (C. C. all. art. 19, 1911, 1974.)

II. — *Interprétation de la doctrine et critique de cette interprétation*

Le système allemand protège davantage les intérêts de l'absent dont le système français se désintéresse avec une ingénuité et une insouciance vraiment étonnante, car les art. 135 et 136 ne s'appliquent pas seulement après la déclaration d'absence — donc après un certain temps plus

est évidemment fausse et absurde car toute présomption doit être fondée sur quelque vraisemblance et sur ce qui arrive communément.... C'est à ceux qui ont intérêt à ce qu'il soit vivant à prouver sa vie ; comme c'est à ceux qui ont intérêt qu'il soit mort à prouver sa mort. On voit donc que le Code Civil Allemand n'est pas loin de Pothier. Peut-être, même, eut-il mieux fait de ne pas s'en éloigner du tout. D'ailleurs l'organisation du C. C. Allemand se trouvait presque toute dans le Code Autrichien de 1810.

(1) La déclaration de décès ne peut se faire que dix ans après qu'on n'a reçu aucune nouvelle de l'absent, — mais jamais avant l'expiration de l'année pendant laquelle l'absent aurait atteint l'âge de trente et un ans accomplis. — Si l'absent est âgé de 70 ans, on peut le déclarer mort au bout de 5 ans seulement (C. C. All., art. 14). Ces délais sont réduits en cas de guerre, à 3 ans depuis la paix ou la fin de la guerre (C. C. All., art. 5) ; à une année en cas de naufrage (C. C. All., art. 16) ; à trois ans toutes les fois que l'absent s'est trouvé en danger de mort autre que la guerre et le naufrage (C. C. All., art. 17). Dans le Code Civil Autrichien, art. 24, il y a une réglementation identique : la différence est qu'« on présume la mort » au lieu de la déclarer comme dans le Code Allemand. Mais les délais ne varient que très peu. Il nous semble que la réserve du Code Autrichien qui « présume » et ne déclare pas est plus sage. Le Projet du Code Hongrois (art. 16, a eu tort d'accepter « la déclaration » de mort.

ou moins long — mais immédiatement — le lendemain même de la disparition du défunt — pendant l'époque de l'absence présumée¹ et qu'on n'exige pas de ceux qui viennent à sa place aucune des garanties qu'on exige de ses propres héritiers lorsque ceux-ci seront envoyés en possession provisoire.

Ainsi, Primus vient à disparaître : ses héritiers présomptifs n'ont aucun droit dans ses biens pendant de longues années. Ces biens seront d'abord administrés pendant cinq ou onze ans ; ensuite, ses héritiers seront envoyés en possession « *provisoire* » mais sous condition de fournir une caution légale, de faire inventaire, de limitation de leur pouvoir sur les biens, de rendre une partie des fruits en cas de retour, etc., et ce ne sera que trente ans après que ces héritiers acquerront la possession définitive des biens, que les cautions seront déchargées, etc.

Au contraire, lorsqu'il s'agit d'un droit échu à une personne absente depuis quelques semaines seulement — dont l'existence est parfaitement douteuse — ses héritiers présomptifs sont complètement écartés, et les biens qui eussent appartenu à leur auteur, seront dévolus « *définitivement* » à des parents très éloignés, à des étrangers de l'absent, sans caution, sans inventaire, en pleine propriété. Et quand nous disons « *définitivement* » nous insistons sur ce mot. Car si la dévolution ne se fait pas définitivement, en ce sens que si l'absent revenait ou que ses héritiers venaient à avoir des preuves de son existence au jour de l'échéance du droit, ils pourront reprendre les biens par une action en pétition d'hérédité ;

(1) Planiol, III, n. 1720.

il est certain que ceux qui ont recueilli les biens à la place de l'absent n'en ont pas moins acquis tous les fruits, et ont eu le droit d'en disposer et ces dispositions seront validées comme faites par un héritier apparent, malgré le principe que nul ne peut donner ce qu'il n'a pas.

Et pour justifier cette injustifiable iniquité on dit : qu'importe en effet la période d'absence où l'on se trouve, dès que celui qui réclame un droit « *du chef de l'absent* » ne peut pas établir qu'il était *vivant* lorsque le droit s'est ouvert, et justifier par là le bien fondé de sa demande ?¹.

A cela on peut répondre : Mais qu'importe alors la période d'absence où l'on se trouve, dès que celui qui réclame un droit « *à défaut de l'absent* », ne peut pas établir qu'il était *mort* lorsque le droit s'est ouvert pour justifier par là, le bien fondé de sa demande ?

Est-il juste que le même défaut de preuve produise des effets avantageux pour les uns, désavantageux pour les autres ?

Puisque les héritiers présomptifs d'un absent ne peuvent pas réclamer le droit de succession à lui échu faute de fournir la preuve de son existence, pourquoi ceux qui viennent, à défaut de l'absent, pourraient-ils le réclamer à défaut de preuve de sa mort ? Pourquoi la même cause ne produit-elle pas le même effet ?

Pour les comourants la question se pose autrement. Il s'agit ici de personnes dont la mort est certaine, qui ne peuvent plus revenir, qui ne peuvent plus rien réclamer. Mais l'absent peut revenir. Est-il raisonnable d'aban-

(1) Demolombe, II, n. 203, Baudry et Houques-Fourcade, *Tr. des personnes*, I, n. 1258 ; Planiol, III, n. 1720.

donner totalement ses droits, de ne pas protéger ses intérêts ?

Qu'importe l'époque où l'on se trouve, dit-on ? Mais cela importe beaucoup, au contraire, car si l'article 136 ne s'appliquait que dans la période d'absence déclarée, cela changerait du tout au tout la face de la question en droit français et la rapprocherait considérablement du droit allemand, et d'une façon supérieure. En effet l'absence n'est déclarée qu'au bout de 5 ou de 11 ans : il s'en suivrait que la part de succession dévolue à l'absent pendant ce temps serait administrée toutes les fois qu'il y a nécessité ; qu'elle ne deviendrait pas immédiatement la propriété de ceux qui ont droit à son défaut, ce qui sauvegarderait énergiquement les droits de l'absent. Ce qui distinguera alors le droit français du droit allemand, ce ne serait que la question de forme : dans le premier, les biens seront administrés pendant 5 ou 11 ans, puis dévolus à qui de droit ; dans le second, les biens seront administrés pendant l'époque où la Todeserklärung ne peut pas encore être prononcée — soit également 10 ans — sauf les délais moindres prévus par les articles 15, 16, 17¹.

D'ailleurs, à notre avis, il est arbitraire d'interpréter la loi autrement que nous l'avons fait, c'est-à-dire que les droits dévolus à l'absent pendant la période d'absence présumée sont administrés par les soins du tribunal, et que ce n'est qu'après la déclaration, que ceux qui avaient droit à la succession à défaut de l'absent peuvent recueillir sa part.

En effet, remarquez les dispositions des textes relatifs

(1) Voir *suprà*, p. 222, n. 1.

à l'absence. Dans le chapitre I, intitulé « *De la Présomption d'absence* », art. 112-114, la loi parle de personnes « présumées absentes » et des mesures de conservation des biens laissés par le présumé absent. Le chapitre II est intitulé. « *De la déclaration d'absence* », art. 115-119 et organise les formalités de la déclaration d'absence.

Et le chapitre III intitulé « *DES EFFETS DE L'ABSENCE* » est divisé en trois sections, dont la première s'occupe « *des effets de l'absence, relativement aux biens que l'absent possédait au jour de sa disparition* », art. 120-134 ; la deuxième « *des effets de l'absence, relativement aux droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent* » art. 135-138 ; et la troisième « *des effets de l'absence relativement au mariage* » art. 139-140.

Le dernier, *Chapitre IV*, s'occupe de « *la surveillance des enfants mineurs du père qui a disparu* ».

Dès lors, n'est-il pas manifeste que les art. 135-136 qui se trouvent dans la section II du chapitre II qui traite des effets de l'absence, ne sauraient s'appliquer à la période d'absence présumée dont le législateur s'occupe dans le chapitre I. Si le législateur avait l'intention de faire appliquer les art. 135-138 pendant la période d'absence présumée, il devait faire pour les art. 135-138, non pas une section du chapitre II « des Effets de l'absence » et ne pas intituler cette section « des Effets de l'absence » mais un chapitre indépendant comme il en a fait un pour la surveillance des enfants.

Dans ce chapitre IV, dont les dispositions s'appliquent et pendant la période de l'absence déclarée et pendant celle de l'absence présumée, la loi ne parle plus du tout d'absent, ou, « des effets de l'absence ». Ces mots en sont

bannis. On ne parle que de « personne disparue » et le chapitre est intitulé aussi... « du père qui a disparu ». Or, non seulement les art. 135-138 forment une section du chapitre « des effets de l'absence » mais la section elle-même est intitulée « des effets de l'absence » et les art. 137-138 répètent ce mot.

Mais on objecte que la question fut soulevée au Conseil d'État, et que celui-ci fit remplacer dans les art. 135-136 le mot absent qui y figurait par la périphrase « de l'individu dont l'existence ne sera pas reconnue »¹.

Quand bien même cela serait, cela ne peut pas vouloir dire que les droits éventuels échus à l'absent pendant les périodes d'absence présumée, d'absence provisoire et d'absence définitive, seront traités *au point de vue de leur conservation, de leur administration et de leur attribution* autrement que les biens laissés par l'absent ou les droits éventuels à lui échus avant sa disparition ; mais cela veut dire tout simplement *que les personnes préposées à leur conservation, à leur administration et à leur attribution sont autres*. Car il serait incompréhensible que le législateur protégéât l'absent contre son propre héritier et non pas contre un étranger².

(1) Baudry et Houques-Fourcade, *Tr. des personnes*, I, n. 1258.

(2) Le droit russe contient à l'égard des successions dévolues aux absents, des dispositions qui sont très sages dans leur première partie : les biens héréditaires sont administrés par l'État lorsque la disparition des héritiers a été légalement constatée par l'autorité. Cette administration se poursuit pendant dix ans, depuis la sommation faite aux héritiers de se présenter. Si l'absent se présente avant l'expiration du délai, il prend la succession et l'État lui restitue les revenus qu'il a perçus, déduction faite des frais nécessités par la conservation et l'administration des biens. Mais là où la loi n'est plus sage du tout c'est lorsque faute par le disparu de se représenter dans le délai, la succession reste

Système du code Suisse. — C'est le système que nous pensons appliquer sous le régime de la loi française qui est à peu près admis par le Code Suisse. Selon son art. 548 : Il y a lieu de faire administrer d'office la part de l'héritier absent dont ni l'existence ni la mort au jour de l'ouverture de la succession ne peuvent être prouvées. Ceux auxquels la part de l'héritier absent serait dévolue à son profit défaut peuvent un an après l'événement dans lequel il a disparu en danger de mort ou cinq ans après les dernières nouvelles, demander au juge qu'il prononce la déclaration d'absence et ensuite l'envoi en possession. *Cette part sera délivrée selon les règles applicables à l'envoi en possession des héritiers d'un absent.*

SECTION II

De l'Incapacité ¹

§ I. — NOTIONS GÉNÉRALES

L'Incapacité est, en général, le défaut de qualités requises dans une personne pour être sujet d'actes juridiques, et spécialement en matière successorale, le défaut de qualités requises pour succéder par succession *ab intestat* ².

acquise à l'État. (Spyridon Zézas, *op. cit.*, p. 252-253). Si cette attribution à l'État ne se fait qu'au cas où il n'y avait pas d'autre héritier à la place de l'absent, il n'y aurait rien à dire. Mais, l'auteur que nous avons consulté, ne précise pas.

(1) Les auteurs traitent généralement à cette place, de l'application des articles 725-730... en matière testamentaire. C'est là un défaut de méthode. Que ces articles soient ou ne soient pas applicables en matière testamentaire, cela n'intéresse nullement la succession *ab intestat*.

(2) Voyez *suprà*, p. 163.

L'incapacité successorale n'a aucun rapport avec l'incapacité de droit commun qui frappe les mineurs, les interdits, les prodigues ou les femmes mariées.

C'est une incapacité toute spéciale qui n'implique aucune flétrissure ni aucune incapacité naturelle, ni aucune faute de la part de celui qu'elle atteint : C'est une mesure de préservation sociale. Aussi varie-t-elle selon l'époque et les peuples. Elle n'a rien de commun non plus avec l'indignité qui, elle, implique nécessairement une faute dont elle est la peine. Nous reviendrons là-dessus, lorsque nous étudierons l'indignité, car certaines lois récentes, ont crû faire une grande chose en altérant les principes et le sens naturel des mots.

Nous avons déjà eu l'occasion de rappeler, qu'en matière successorale, comme dans toutes les autres matières du droit, la capacité est la règle, l'incapacité, l'exception. Il n'y a donc pas d'incapacité sans texte, et les textes que nous avons vus ne peuvent être appliqués par analogie.

§ II. — DES CAUSES ANCIENNES ET MODERNES D'INCAPACITÉ

1. — *Inégalité de naissance. Unebenbürtigkeit*

Pour succéder dans l'ancien droit allemand, il fallait que le *de cuius* et son héritier fussent de naissance égale. Étaient de naissance égale les personnes nées de parents qui appartenaient à la même condition sociale ¹. L'égalité

(1) Siegel, *op. cit.*, p. 26-27. Il ne faut pas confondre l'égalité de naissance avec la naissance naturelle. Les *unehelich*, les bâtards ne succédaient pas non plus. Mais nous parlerons de cette question, lorsque nous étudierons les droits de l'enfant naturel.

de naissance exerça, au moyen âge, depuis l'époque carolingienne une influence considérable, tant au point de vue politique et moral qu'au point de vue des droits civils. Ce fût grâce à l'influence de l'Église que ce principe disparut bientôt et qu'au ^{xiii}^e siècle le Landrecht (droit provincial) n'en parlait déjà plus ¹.

II. — *Inégalité de croyance religieuse*

La parenté ne suffisait pas, il fallait en outre que les parents eussent la même croyance religieuse. Ainsi, lorsqu'un hébreux se faisait baptiser et passait ainsi à la religion chrétienne, ses parents restés israélites ne pouvaient plus hériter de lui, à moins qu'ils ne se fassent aussi baptiser ². Mais bientôt le *Vermehrte Sachsenspiegel* (le Miroir de Saxe augmenté) entra dans une voie plus humaine en permettant aux enfants nés d'un israélite et d'une chrétienne, de recueillir par disposition à cause de mort.

III. — *La perfection corporelle*

Koerperliche Vollkommenheit. — Nous avons déjà vu que selon la conception primitive du droit allemand, les droits n'étaient accordés qu'à ceux qui pouvaient les défendre ³. C'est pourquoi celui qui était infirme ⁴ ou atteint d'une grave maladie ne succédait point.

IV. — *Etablissement à l'étranger*

Le droit de succession tant active que passive étant du

(1) Schulte, *op. cit.*, p. 438-510-518.

(2) Siegel, *op. cit.*, p. 42.

(3) Voyez, *suprà*, p. 138.

(4) Schulte, *op. cit.*, p. 48.

droit civil, les Français qui avaient perdu la jouissance de leurs droits civils, perdaient le droit de succéder aux biens de leurs parents Français.

Mais il ne suffisait pas d'un simple établissement à l'étranger. Il fallait en outre examiner si cet établissement se faisait sans esprit de retour.

Ainsi, celui qui déclarait entendre demeurer en France conservait le droit d'y succéder; et si cette déclaration paraissait suspecte on l'admettait néanmoins à la succession, mais on lui interdisait d'aliéner les biens¹.

V. — *La profession religieuse*

A. — *Ancien droit.* — Par suite de la perte des droits civils et aussi des vœux de pauvreté qu'ils faisaient, les religieux perdaient la capacité de succéder, dont rien ne pouvait les relever, même l'arrivée à l'épiscopat qui pourtant rendait aux religieux la vie civile; même la dispense de ces vœux accordée par le pape puisque « les Français connaissent trop l'importance des fonctions du souverain pontife et les bornes que le doigt de Dieu a mises à sa puissance pour le voir indifféremment s'immiscer dans l'administration des affaires temporelles² ».

L'incapacité de succéder des religieux, devint dans l'ancien droit une arme dont on se servait pour conserver les grands patrimoines et éviter la dispersion des fortunes. Les pères de famille prirent bientôt l'habitude de destiner un ou plusieurs enfants à la vie monacale, ce

(1) Pothier, *Tr. des successions*, ch. 1, art. 2, § 2.

(2) Pothier, *Tr. des successions*, ch. 1, art. 2, § 4.

qui leur permettait d'éviter le morcellement des domaines ¹.

Dans l'ancien droit roumain, les provinces étaient divisées. La Moldavie reconnaissait aux religieux pleine capacité de transmettre et de recueillir. Le Code de Callimaki était formel à cet égard : les religieux qui après avoir embrassé la vie monacale *ont acquis* la succession de leurs parents, morts *testat* ou *intestat* ²....

Pour la Valachie, la législation est obscure. Les auteurs n'en disent rien ³.

Nous avons vu le seul texte qu'il y ait et les conséquences qu'on en a tirées ⁴, nous croyons qu'ils avaient ou qu'ils devaient avoir le droit de succéder, puisque nous ne connaissons pas de textes qui le leur interdisent.

b) DROIT MODERNE. — *France, Italie, Suisse*. — Bien que la profession religieuse subsiste et que l'on continue à faire des vœux de pauvreté, on est d'accord pour reconnaître aux religieux le droit de succéder à leurs parents. D'un côté en effet, le Code civil n'ayant pas reproduit l'ancienne incapacité, on la considère comme abrogée ⁵, d'un autre côté, la situation a changé. La loi ne reconnaît plus d'effets civils aux actes religieux. De telle façon qu'il arrive cette bizarrerie qu'un religieux qui a fait des vœux de pauvreté,

(1) Viollet, *op. cit.*, p. 829.

(2) Code de Gallimaki, art. 766.

(3) Alexandresco, III, p. 235, n. 3, renvoie à la page 225, note 4, *in fine*, où nous n'avons rien trouvé ; Petresco, I, p. 82-81, s'occupe du droit des religieux à transmettre, mais ne s'occupe pas de leur droit de recueillir.

(4) Voyez, *supra*, p. 124 et s.

(5) Baudry et Wahl, I, n. 171 ; Huc, Le *C. C. Italien*, I, p. 174. — Mazzoni, *op. cit.*, I, n. 62 ; Roussu, *op. cit.*, I, n. 180.

garde néanmoins le droit de recueillir les biens laissés par ses parents ¹.

Roumanie. — Le Code civil n'ayant pas reproduit l'ancienne incapacité qui frappait — dit-on — les religieux de la Valachie, malgré l'opposition d'une partie de la doctrine, la Cour de cassation a décidé qu'ils sont pleinement capables ².

Allemagne. — Le Code civil ne prononce pas d'incapacité contre les religieux. Mais les législations des divers États contiennent des dispositions variées. Le Code de Prusse permet aux ecclésiastiques séculiers de succéder ; mais les religieux qui ont fait des vœux de pauvreté ne peuvent plus recueillir ³.

Autriche. — Nous rappelons que le Code autrichien ignore les incapacités spéciales à la matière successorale, car pour succéder, il y faut la capacité d'acquérir ⁴ ; donc, ceux qui sont incapables de succéder ne le sont qu'en tant qu'incapables d'acquérir. Il en est ainsi pour ceux qui ont fait des vœux de pauvreté ⁵. Sont exceptés les membres de l'ordre Peutonique mais non les prêtres de cet ordre. Les anciens religieux peuvent succéder.

Espagne. — Le Code civil ignore l'incapacité des ecclésiastiques. Avant le Code les membres du clergé séculier, et d'une manière générale tout ecclésiastique, à l'exception de ceux qui sont cloîtrés, pouvaient succéder ⁶. Il est pos-

(1) Laurent, VIII, n. 534.

(2) Voyez *suprà*, p. .

(3) Ernest Lehr, *Traité de droit civil germanique*, II, n. 1416 .

(4) Voyez *suprà*, p. 130 et s.

(5) Anders, *op. cit.*, p. 6.

(6) Ernest Lehr, *Eléments de droit civil espagnol*, I, n. 700

sible que l'incapacité des religieux cloîtrés subsiste par application de quelques canons.

Portugal. — Le Code civil, article 1779, déclare incapables de recevoir par testament si ce n'est à titre d'aliments ou par legs d'argent ou d'autres objets mobiliers : 1° les religieuses professes tant qu'elles ne se sont pas dégagées de leurs vœux ou que leurs communautés n'ont pas été supprimées. Mais il ne faut pas oublier, et M. Roguin l'oublie, de se rappeler¹ que selon l'article 1978 du même Code, ceux qui sont incapables d'acquérir par testament sont également incapables d'acquérir par succession légitime, d'où il suit que les religieuses professes ne peuvent rien acquérir par succession *ab intestat*.

VI. — L'Extranéité de l'héritier

a) ANCIEN DROIT. — Les étrangers ou aubains n'ayant pas la jouissance de leurs droits civils, furent autrefois déclarés incapables de succéder aux biens que leurs parents, français ou étrangers, avaient laissés en France. Ces biens étaient appréhendés dans l'ancienne France par le seigneur d'abord ; mais ensuite les coutumes se divisèrent et il en fut qui maintinrent le droit du seigneur et d'autres qui donnèrent ce droit au Roi². Celui-ci finit par l'emporter, et vers la fin du xvi^e siècle, il se substitua complètement aux seigneurs quant aux droits d'aubaine, sous le motif que ce droit était du domaine royal, et comme tel inaliénable et imprescriptible³ ; il se l'était réservé en créant les seigneuries.

(1) Roguin, *op. cit.*, I, n. 184.

(2) Weiss, *Tr. théor. et prat. de dr. int.*, II, p. 60.

(3) *Ibid.*, *op. cit.*, p. 61.

Dès cette époque la notion d'aubain se restreignit pour ne plus comprendre que ceux qui étaient nés hors le royaume. Ceux-ci pouvaient obtenir des lettres de naturalité qui leur conféraient le droit de succession. Avec la substitution du Roi aux seigneurs, le droit d'aubaine devint applicable dans tout le royaume, même dans le Midi de la France, où l'on ignorait jusqu'alors cette incapacité et où l'on assimilait les étrangers aux Français. Mais les pays du Midi se plaignirent et le Roi accorda de nombreuses autorisations de succéder.

En dehors de ces concessions, il y avait des exceptions à l'incapacité des aubains, au cas par exemple où l'héritier étranger était appelé à la succession, non pas seul, mais en concours avec d'autres héritiers français ou naturalisés français.

La raison de cette exception, nous dit Pothier, est que le droit d'aubaine du Roi, n'étant plus intéressé, puisque la succession pouvait être acquise par les cohéritiers français. Ceux-ci n'avaient donc pas le droit d'opposer le défaut de qualité aux héritiers étrangers. Il arrivait ainsi que le droit de succession de l'étranger dépendait non pas de lui-même, mais de la qualité de ses cohéritiers. Si étrange que cela paraisse, on acquiert parfois un droit, grâce à la présence d'autrui : *nec enim novum in jure quod quis ex persona sua non habet, ex alterius personæ concursu et beneficio id habeat*¹.

(1) On en trouve des exemples en droit moderne. Ainsi notamment, en cas de secondes noccs, s'il y a des enfants du premier lit, la quotité disponible est réduite au profit du second conjoint à une part d'enfant le moins prenant sans toutefois pouvoir dépasser le quart (art. 1098, C. C. Fr.) au lieu de un 1/4 en pleine propriété et un 1/4 en usufruit ou de la 1/2 en usufruit

Mais on n'a pas tiré de ce principe toutes les conséquences qu'il comportait : tous les étrangers ne concourraient pas avec les français : on a restreint la portée de la règle à la succession aux ascendants¹.

Une seconde exception a été apportée à l'incapacité de succéder ; elle concerne les étrangers appartenant à une nation qui avait des traités avec la France, le personnel diplomatique, ceux qui fréquentaient la foire de Lyon, etc.

Avec les anciennes concessions qui devenaient toujours plus nombreuses et les exceptions que nous avons vues, il ne subsistait plus grand'chose de l'ancien droit d'aubaine, à la veille de la Révolution. L'Assemblée Constituante l'abolit définitivement et complètement les 6-18 août 1790, comme contraire aux principes de liberté, d'égalité et de fraternité qui formaient les assises de la nouvelle société française.

b) DROIT MODERNE. — La capacité de succéder des héritiers étrangers est actuellement un fait accompli. Néanmoins, certaines législations contiennent des restrictions ; d'autres n'en contiennent aucune. Trois systèmes sont en présence : le premier qui accorde pleine capacité, mais accorde à ses nationaux un droit de prélèvement sur les biens situés dans le pays, au cas où par suite de l'applica-

(art. 1094, C. C. Fr.). Si les avantages procurés au second conjoint dépassaient la quotité de l'article 1098, les enfants du premier lit auront une action en retranchement. Or, on reconnaît aux enfants du second lit non pas seulement le droit de profiter de l'action exercée par les enfants du premier lit ; on leur reconnaît même le droit d'exercer de leur propre chef l'action en retranchement. Ainsi par le fait qu'ils viennent en concours avec des enfants d'un autre lit, ils acquièrent un droit qu'ils n'auraient pas eu s'ils avaient été seuls.

(1) Pothier, *Tr. des successions*, ch. 1, art. 2, § 1.

tion d'une loi étrangère sur des biens situés à l'étranger, ils seraient lésés dans leurs droits; le deuxième défend aux étrangers d'acquérir des immeubles ruraux; le troisième ne connaît aucune prohibition, ni restriction.

Premier système. — Ce premier système est suivi en France, en Belgique.

Les auteurs du Code civil, moins idéalistes que l'Assemblée Constituante, constatant que les États étrangers laissaient subsister l'incapacité des Français dans leurs États, modifièrent le décret de la Constituante et dans l'article 726 du Code civil posèrent le principe de la réciprocité qui s'entendait de la réciprocité législative et non pas diplomatique¹. Mais il arriva que ce principe, justifiable dans les rapports internationaux, se trouvait nuisible aux intérêts économiques de la France. Aussi, une loi du 14 juillet 1819, abrogea les articles 726 et 912 du Code civil et accordait désormais aux étrangers, le droit de disposer, de succéder et de recevoir de la même manière que les Français, dans toute l'étendue du Royaume de France. A ce principe général l'article 2 apportait le correctif suivant : » *Dans le cas de partage d'une même succession entre les cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales* ».

Étendue d'application de la loi. — Le but que le législateur

(1) Weiss, *Tr. théor. et prat. de dr. int.*, II, p. 348.

(2) En Belgique, une loi du 20 mai 1837 avait modifié les articles 726, 912 du C. C. admettant la réciprocité, mais la loi du 27 avril 1865 a adopté le système de la loi française de 1819.

s'est proposé d'atteindre, est d'éviter que le français ne fût lésé au cas où une partie des biens de la succession se trouvant en pays étranger, les lois ou coutumes de ces pays l'excluaient de la succession ou ne lui accordaient qu'un droit inférieur à celui qu'il aurait eu si ces biens avaient été situés en France. L'article 2 de la loi de 1819 recevra donc son application lorsque le français est exclu, soit à cause de sa qualité d'étranger¹ ; soit parce qu'il est enfant naturel du défunt, mais dans cette hypothèse seulement au cas où la succession s'est ouverte en France, car c'est la loi de l'ouverture de la succession que l'on applique pour connaître la capacité et la parenté de l'héritier² ; soit parce que héritiers irréguliers en France, la loi étrangère ne leur reconnaît aucun droit³.

Mais il peut arriver que la loi étrangère, comme la loi roumaine par exemple, défende aux étrangers d'acquérir des immeubles ruraux ; dans ce cas les étrangers doivent ou prendre des meubles seulement ou vendre les immeubles et en toucher le prix de vente. Dans ces cas, l'article 2 de la loi de 1819 ne trouverait aucune application, puisqu'il n'y a pas eu réellement lésion. Mais si la loi étrangère n'accordait aux héritiers français une réserve égale à celle que leur accordait la loi française, l'article 2 trouvera son explication car la réserve est d'ordre public⁴.

Personnes visées par la loi de 1819. — Le texte de la loi est très clair ; il s'agit de la protection des français en cas

(1) Weiss, *Tr. théor. et prat. de dr. int.*, II, p. 351.

(2) *Ibid.*, *op. cit.*, p. 355.

(3) *Ibid.*, *op. cit.*, p. 360.

(4) Laurent, VIII, n. 557.

de partage de succession entre cohéritiers français et étrangers ; on en tire les conséquences suivantes :

1° Les héritiers étrangers ne sauraient invoquer la loi de 1819 contre leurs cohéritiers français, si la loi étrangère accordait à ceux-ci sur les biens situés à l'étranger, une portion plus grande que ne leur accordait la loi française ¹ ;

2° Les cohéritiers français ne pouvaient invoquer la loi de 1819, les uns contre les autres, au cas où la loi étrangère favorisait certains d'entre eux ² ;

3° Les étrangers naturalisés français bénéficient de la loi de 1819 ³ ;

4° Mais il y a doute sur la situation à faire à l'étranger autorisé à fixer son domicile en France. L'article 13 du Code civil lui accorde la jouissance de tous les droits civils. La loi de 1819 a-t-elle entendu déroger à un principe général et aussi important ? Nous ne le pensons pas, car il aurait fallu un texte exprès. Par étranger, la loi de 1819 ne peut entendre que ceux qui sont privés en France de droits civils. L'admission à domicile au contraire accorde tous les droits civils, elle est le premier pas vers la naturalisation. La loi française est pleine de bienveillance à l'égard des étrangers qui veulent se fixer en France ⁴, et le temps n'est pas loin, peut-être, où elle

(1) Demolombe, XIII, n. 1203 ; Laurent, VIII, n. 558 ; Baudry et Wahl, I, n. 203.

(2) Laurent, VIII, n. 159 ; Weiss, *Tr. théor. et prat. de dr. int.*, II, p. 361. *Contrà* ; Demolombe, XIII, n. 203 *bis* ; Huc, V, n. 40 ; Baudry et Wahl, I, n. 202.

(3) Weiss, *Tr. théor. et prat. de dr. int.*, II, p. 358, note 1, et tous les auteurs.

(4) Weiss *Tr. théor. et prat. de dr. int.* I, p. 358 et s.

suivra les législations récentes qui accordent tous les droits aux étrangers sans l'accomplissement d'aucune formalité.

5° Il va sans dire que le français qui aura perdu cette qualité, pour une des causes prévues par la loi, ayant perdu la jouissance de ses droits civils en France, n'aura plus le droit de bénéficier de la loi de 1819 ;

6° Mais qu'arrivera-t-il si les héritiers français succèdent par représentation d'un étranger ? Nous pensons qu'ils ne pourront pas invoquer le bénéfice de la loi de 1819, car ils ne peuvent avoir plus de droits que leur auteur. S'il est vrai, qu'ils succèdent eux-mêmes, il n'est pas moins vrai, qu'ils succèdent dans la part qu'avait leur auteur¹. On a objecté que si le représentant succède aux droits du représenté, c'est de la loi et non pas du représenté qu'ils détiennent ce droit. Or la loi leur accorde le prélèvement. Nous pensons que ce raisonnement souffre quelque difficulté. C'est bien de la loi, si on veut, qu'ils détiennent le droit de représentation, mais ce qu'ils détiennent ainsi de la loi, ce n'est pas un droit nouveau, un droit propre, mais *le même droit qu'avait le représenté*, avec ses avantages et ses désavantages. La loi le dit en termes qui ne laissent aucun doute : la représentation est une fiction de la loi, dont l'effet est de faire entrer les représentants dans la place, dans le degré et *dans les droits du représenté*.

6. S'il y a concours entre des cohéritiers français et étrangers et que quelques-uns seulement de ces derniers sont favorisés par la loi étrangère, les cohéritiers français ne pourront exercer le bénéfice de la loi de 1889 que

(1) *Contrà* Baudry et Wahl, I, n. 204.

contre les favorisés, c'est-à-dire, seulement sur la part qui leur revient ¹.

Mais une fois que le prélèvement aura été opéré, les cohéritiers étrangers qui n'auront pas été favorisés par la loi étrangère, auront-ils le droit de bénéficier de la somme qui résulte du prélèvement en vertu du principe que celui qui n'a pas un droit peut l'acquérir par suite de la compagnie des autres qui ont ce droit ². Et pourront-ils exercer l'action de la loi de 1819 en vertu du même principe ?

Nous ne le pensons pas. La loi de 1819 est une loi exceptionnelle dont l'unique but est de protéger les droits des français. Admettre les cohéritiers étrangers non favorisés à profiter du prélèvement, ce serait diminuer d'autant le droit des cohéritiers français. Les étrangers n'ont pas de quoi se plaindre, ils ont reçu leur part légale.

Biens sur lesquels s'opère le prélèvement. — Les termes généraux dont se sert la loi « les biens situés en France » nous indiquent que le prélèvement s'opère tant sur les immeubles que sur les meubles corporels ou incorporels du défunt, qui sont situés en France ³.

Le principe que les biens mobiliers suivent le statut personnel ne peut être opposé à cette solution car la loi de 1819 par la généralité de ses termes, a entendu déroger à ce principe.

(1) Démolombe, XIII, n. 210 ; Laurent, VIII, n. 565 ; Huc, V, n. 41 ; Weiss, *Tr. théor. et pr. de dr. int.* II, p. 369, Baudry et Wahl, I, n° 207.

(2) Voyez *suprà*, p. 235, note 1.

(3) Démolombe, I, n. 94 ; Laurent, VIII, n. 531 ; Weiss, *Tr. théor. et prat. de dr. int.*, II, p. 367 ; Baudry et Wahl, I, n° 198.

Mais si des créances sont trouvées en France, dont les débiteurs sont domiciliés à l'étranger, en vertu de la règle que le domicile des créances est au lieu du domicile du débiteur, les héritiers français ne pourront opérer aucun prélèvement sur ces créances¹. D'ailleurs le système contraire qui argumente du but de la loi de 1819, n'a aucun résultat pratique, puisque les tribunaux étrangers pourront ne pas tenir compte de la décision des tribunaux français.

Si les biens de la succession, situés en France, ne suffisaient pas, les cohéritiers français ne pourront pas poursuivre en complément les biens personnels que les cohéritiers étrangers pourraient avoir en France, car le prélèvement ne se fait que sur les biens de la succession². L'héritier étranger favorisé par sa loi n'est coupable d'aucune faute pour être poursuivi dans ses biens.

Calcul du montant du prélèvement. — Pour connaître le supplément auquel ont droit les cohéritiers français lésés par la loi étrangère, ont fait la masse des biens de la succession, quel que soit le pays où ils se trouvent. Sur cette masse, on calcule la part qui reviendrait à l'héritier français si la loi à appliquer était la loi française. La différence qu'il y a entre cette part et le total des deux qu'il a reçu (une à l'étranger, l'autre sur les biens de France) forme le montant du supplément³.

(1) Weiss, *Tr. théor. et prat. de dr. int.* II, p. 368. — *Contrà*. Démolombe XIII, n. 207 ; Laurent, VIII, n. 561 ; Huc, V, n. 41 ; Baudry et Wahl, I, n. 209.

(2) Démolombe, XIII, n. 211 ; Weiss, *Tr. théor. et prat. de dr. int.* II, p. 368 ; Baudry et Wahl, I, p. 202.

(3) Démolombe, XIII, n. 209 ; Weiss, *Tr. théor. et prat. de dr. int.* p. 369 ; Baudry et Wahl, I, n. 214.

Deuxième système. — Le système, adopté par la législation de la Roumanie, consiste à distinguer les biens immobiliers en biens urbains et biens ruraux. L'acquisition des premiers est considérée comme un droit civil ; et l'article 11 du C. C. accordant à tous les étrangers indistinctement et sans aucune condition de stage ou de formalités, la jouissance des droits civils, les étrangers peuvent acquérir et à titre onéreux et par succession des immeubles urbains. L'acquisition des immeubles ruraux est, au contraire, considérée comme un droit politique¹ et tous les étrangers indistinctement, qui n'ont la jouissance des droits politiques que s'ils se sont fait naturaliser, ne peuvent acquérir, ni à titre onéreux ni à titre gratuit des immeubles ruraux.

Cette double décision se fonde la première sur l'article 11 du C. C. ; la deuxième sur l'article 7 § 5 de la Constitution roumaine modifiée par la loi du 13 octobre 1879 : les Roumains et les naturalisés roumains peuvent seuls acquérir des immeubles ruraux. Les droits acquis sont respectés.

Un parti de la doctrine avait enseigné que la constitution défendait seulement l'acquisition à titre onéreux, et qu'au contraire les étrangers pouvaient recevoir par succession des immeubles ruraux²? Un parti adverse tomba dans l'extrême et non seulement défendait toute acquisition à titre gratuit mais déclarait que si un immeuble rural tombait dans la succession d'un étranger, il

(1) Alexandresco, *op. cit.*, I, p. 165 et s. et III, p. 238 ; Naco, *op. cit.*, II, p. 34 ; Sendrea, *Pr. Civ.* I, p. 384.

(2) P. Th. Missir. *Le dr. de succ. des étr. aux immeubles ruraux situés en Roumanie* ; Suliotis, *Journ. dr. int.* XIV. 1887, p. 563.

appartiendra à l'État comme bien vacant et sans maître¹.

Entre ces deux partis extrêmes — dont le dernier est plus conforme aux textes et aux principes, mais trop dur pour les idées modernes — la jurisprudence admet un système intermédiaire qui permet la vente des immeubles ruraux tombés dans la succession dévolue à un étranger et accorde à celui-ci le prix de vente.

Troisième système. — C'est le terme final de l'évolution du droit successoral des étrangers vers la plus complète égalité avec les nationaux. Rentrent dans ce groupe : l'Italie, l'Espagne, l'Angleterre, le Danemark, le Portugal. Tous les étrangers ont dans ces pays les mêmes droits successoraux que leurs nationaux.

VII. — *De la renonciation de l'héritier*

Les législations de la famille allemande : C. C. autrichien (art. 558), C. C. allemand (art...), Projet du C. C. hongrois (art. 1.797 et s.) rangent parmi les incapacités de succéder la renonciation à la succession. Cette matière rentrant, plutôt, dans l'étude des pactes sur successions futures nous n'avons pas à nous en occuper.

§ III. — DE L'ACTION, DE LA RENONCIATION, DES DÉLAIS ET DES EFFETS DE L'INEXISTENCE ET DE L'INCAPACITÉ²

L'incapacité successorale n'étant pas fondée sur l'intérêt de ceux qu'elle frappe — comme c'est le cas pour l'incapacité de droit commun — mais bien au contraire sur l'intérêt de ceux qui doivent profiter de leur incapacité, il

(1) Alexandresco, *op. cit.*, *loc. cit.*

(2) L'action en incapacité dont nous parlons ici s'applique également à l'inexistence ; nous l'appelons communément l'action en incapacité.

en résulte que tout intéressé peut s'en prévaloir : aussi bien un cohéritier qu'un héritier subséquent, aussi bien l'incapable lui-même qu'un tiers débiteur ou possesseur d'immeubles de la succession.

Ceux qui acquièrent la succession à défaut de l'incapable peuvent renoncer à invoquer l'incapacité ; leur renonciation vaudra transmission de leurs droits à l'incapable¹ et consolidera le droit de celui-ci sans que d'autres intéressés puissent s'y opposer.

L'action fondée sur l'incapacité se prescrit par trente ans, la loi n'ayant posé aucune prescription spéciale. C'est de l'action en pétition d'hérédité que se serviront ceux qui veulent lui reprendre les biens qu'il détient injustement².

L'incapacité existant dès le jour de l'ouverture de la succession, le jugement qui intervient sur la contestation ne fait que constater son existence. L'incapable aura donc à rendre tout ce qu'il aura reçu de la succession depuis l'ouverture de celle-ci et à l'inverse reprendra tout ce qu'il aura avancé pour elle.

L'incapable est censé avoir toujours été un étranger par rapport à la succession et traité comme tel conformément au droit commun.

SECTION III

De l'indignité

§ I. — NOTIONS GÉNÉRALES ET CRITIQUES DES LOIS RÉCENTES

Nous avons eu l'occasion, à diverses reprises, de défendre la triple condition demandée par la loi pour être

(1) Baudry et Wahl, I, n. 230.

(2) Laurent, IX, n. 10.

admis à la succession *ab intestat* : l'existence, la capacité et la dignité. Nous avons démontré que la cause et le principe de chacune de ces trois conditions sont fondés sur des motifs d'ordre différent tirés du bon sens et de la plus élémentaire logique.

L'inexistence trouve sa raison d'être dans ce que le néant ne peut rien acquérir ; l'incapacité, qui suppose naturellement l'existence, trouve sa raison d'être dans des motifs d'ordre social général, indépendants de la personne de celui qu'elle atteint ; l'indignité au contraire, qui suppose naturellement l'existence et l'incapacité, trouve sa raison d'être dans des motifs d'ordre moral particulier, dépendants de la personne de celui qu'elle atteint. Si l'on veut un exemple il est facile d'en donner un et décisif : sous l'empire d'une loi qui défend aux étrangers de succéder, on regardera d'abord si l'étranger est capable — c'est-à-dire naturalisé — et ce n'est qu'ensuite que la question de savoir s'il est digne ou non se posera.

Or, il est arrivé que des législations se sont autorisées à confondre l'incapacité avec l'indignité et parlent d'incapables pour cause d'indignité. On a voulu attribuer au Code Italien cette peu glorieuse initiative. Rendons à César ce qui lui appartient : c'est le Code Autrichien de 1810 qui sous la rubrique de *Ursachen der Erbfähigkeit*, parle des causes d'indignité (C. C. Austr., art. 540 et s.) et confond ainsi la *Erbunfähigkeit* avec la *Erbunwürdigkeit*, c'est-à-dire l'incapacité avec l'indignité successorale. Le Code Italien l'a suivi (art. 725) ; le Code de l'Espagne en fit de même (art. 756) ; et le Projet du Code Belge propose cette modification.

Le Code Portugais ignore tout à fait le mot d'indignité ;

ses causes d'incapacité et d'indignité sont répandues dans les textes sans aucune méthode.

Les articles 1749 et 1782 esquivent la difficulté en parlant de « quiconque aura... sera déchu », et « ne pourront profiter ceux qui... » Mais son art. 1978 statue que ceux qui sont incapables d'acquérir par testament sont également incapables d'acquérir par succession légitime ».

Les lois de source allemande moderne sont nettement dans le système français : le C. C. Allemand possède une réglementation minutieuse de l'indignité (art. 2339-2343) ; le Code suisse parle de la capacité dans l'art. 545 et de l'indignité dans l'art. 540 ; le Projet Hongrois statue de la « *Erbfähigkeit* », ou capacité d'héritier dans l'art. 1794, et de la « *Erbunwürdigkeit* » ou indignité dans l'art. 1795.

L'innovation du Code Autrichien reste définitivement condamnée. Les dispositions législatives peuvent parfois corrompre les mœurs, mais le législateur ne doit pas s'arroger le droit de corrompre le sens des mots.

Cet honneur revient aux lexicologues.

Mais là se borne toute la différence qui sépare l'incapacité, de l'indignité. Il n'est pas vrai que l'indignité doit être prononcée alors que l'incapacité a lieu de plein droit et nous apporterons — pour prouver qu'elles opèrent toutes les deux de plein droit — un argument nouveau et irréfutable.

Et il n'est pas vrai non plus que l'incapacité empêche la saisine alors que l'indignité la fait perdre ; l'une et l'autre empêchent la saisine, cela résultera évidemment de la démonstration du premier point.

Il n'est pas vrai, non plus, de dire que l'incapacité existe

dans l'absence d'une des qualités requises pour succéder alors que l'indignité suppose, au contraire, la réunion de ces conditions mais qu'elle entraîne une déchéance à titre de peine : l'une et l'autre consistent dans l'absence d'une des qualités requises pour succéder, puisque l'une et l'autre se trouvent dans le chapitre II qui traite « Des Qualités requises pour succéder » ; puisque l'une et l'autre empêchent d'acquérir la succession.

§ II. — DE L'INDIGNITÉ ET DE L'ÉVOLUTION DE LA THÉORIE DE L'INDIGNITÉ

I. — *Ancien droit*

DROIT ROMAIN. — Le droit romain possédait une théorie assez vaste de l'indignité qui voisinait avec une autre institution, celle de l'exhérédation, qui n'est pas moins intéressante et qu'on retrouve dans l'ancien droit et dans quelques législations modernes.

Les causes d'indignité y étaient en très grand nombre et dénotaient un esprit très rigoureux, qui était d'ailleurs en parfaite harmonie avec le principe du libre pouvoir de tester du *de cujus*. On peut citer comme preuve de cette rigourosité l'indignité qui frappait celui qui avait donné la mort par imprudence ; celui qui a accusé le *de cujus* d'un crime ou a prêté son témoignage à l'accusateur même lorsque l'accusation n'était pas calomnieuse ; s'il l'a empêché de faire ou de révoquer une disposition testamentaire ; s'il a négligé sciemment de poursuivre la vengeance du meurtrier du défunt¹. Mais ce qu'il y a de plus intéressant

(1) Ortolan, *op. cit.*, III, n. 1139.

à faire remarquer c'est en premier lieu que l'indignité n'opérait pas de plein droit ; que l'indigne acquérait la succession ; que ce n'est qu'ensuite qu'on la lui enlevait par une action en justice et en second lieu que les biens ainsi enlevés allaient généralement au fisc et ce n'était qu'exceptionnellement, dans quelques cas et pour des causes déterminées, qu'ils allaient aux héritiers du degré subséquent¹.

ANCIEN DROIT. — L'ancien droit avait maintenu la double institution de l'indignité et de l'exhérédation qui avaient ceci de commun, que les causes sur lesquelles elles se fondaient étaient les mêmes.

Ce qui les séparait, c'était que la dernière supposait la volonté manifestée du défunt — et avait son emploi dans l'hypothèse où le défunt avait eu connaissance de son vivant, du méfait de son successible, alors que la première supposait la volonté présumée du défunt, et trouvait son emploi particulièrement lorsque celui-ci avait ignoré de son vivant le méfait de son successible, ou que l'ayant connu, il n'avait pas eu le temps matériel nécessaire pour procéder à l'exhérédation. Les deux institutions ne sont donc, au fond qu'une. Si le législateur français a supprimé l'exhérédation, c'est qu'elle n'était plus conforme à l'idée qu'il se faisait de la succession *ab intestat* et que d'ailleurs elle aurait fait double emploi avec l'institution de l'ingratitude (art. 1016) qui sous le mot d'injures renferme toutes les causes voulues,

L'ancien droit français a maintenu la plupart des causes

(1) Ortolan, *op. cit.*, III. n. 1140.

d'indignité du droit romain, mais en les mettant d'accord avec les principes du droit. Ainsi le meurtre involontaire et le défaut de vengeance ne sont plus des causes d'indignité¹. Mais il ne faudrait pas croire que cette dernière cause a complètement disparu. Elle a subsisté dans l'ancien droit et subsiste de nos jours dans le Code. Ce qui a changé, ce n'est pas l'idée de la vengeance c'est l'institution qui s'en occupe. « La vengeance » a été remplacée par « la justice » et l'héritier ne doit plus « venger » mais dénoncer le meurtre afin que « justice » soit faite du meurtrier.

Nous allons donner les quatorze causes les plus intéressantes, qui presque toutes viennent du droit romain et dont une bonne partie ne se trouve plus dans le Code civil mais que nous retrouverons dans les législations récentes.

Sont indignes : 1° l'enfant qui a porté la main sur ses père et mère ; 2° celui qui a attenté à leur vie ; 3° celui qui a été leur dénonciateur pour quelque crime ; 4° celui qui par sa délation les a fait condamner à de grosses amendes ; 5° celui qui a commis envers eux quelque injustice atroce ; 6° celui qui a eu habitude charnelle avec sa belle-mère ; 7° celui qui a empêché ses père et mère de tester ; 8° celui qui n'a pas voulu être leur caution pour les faire sortir de prison ; 9° celui qui a refusé la rançon pour les délivrer s'ils étaient captifs ; 10° celui qui ne les a pas soigné lorsqu'ils étaient en état de démence ; 11° celui qui s'est associé avec des malfaiteurs ; 12° celui

(1) Pothier, *Tr. des successions*, ch. 1. De l'Indignité.

qui est gladiateur ou bateleur à moins que son père ne fût de la même profession ; 13° la fille que ses parents ont voulu marier et doter et qui a préféré mener une vie de débauche ; 14° le fils qui avant 30 ans, la fille qui avant 25 ans, se sont mariés sans le consentement de leur père et mère ou qui après cet âge, ne leur auront pas envoyé de sommation respectueuse ¹.

Une autre cause d'indignité intéressante est celle qui frappait la femme veuve qui se remariait, quant à l'égard de la succession de son mari ². D'ailleurs les causes étaient laissées à l'appréciation du juge ³.

Comme dans le droit romain l'indigne acquerrait la succession dont il était ensuite expulsé ; mais ce n'est plus le fisc qui profitait de la succession mais les héritiers subséquents.

ANCIEN DROIT ALLEMAND. — L'ancien droit allemand connaissait aussi l'indignité pour meurtre du défunt ; pour mésalliance de la fille ou mariage contraire à la volonté des parents et encore pour la prise de possession violente de l'hérédité. Mais lorsque le droit romain fut connu, on y introduisait l'exhérédation ⁴.

ANCIEN DROIT ROUMAIN. — Dans le grand Code — *Pravila cea mare* — de Mathieu Aga Bassarabe, imprimé en 1652, qui est d'origine byzantine ⁵ nous trouvons une sévère réglementation de l'indignité. Ainsi celui qui avait eu des habitudes charnelles avec la concubine de son père était

(1) Pothier, *Tr. des successions* ch. I, c. II, art. 4.

(2) Baudry et Wahl, n. 239 ; Voyez *infra*, p.

(3) Schulte, *op. cit.*, p. 450.

(4) C. G. Dissesco. *Les origines du droit roumain*, p. 63.

indigne¹. Nous y trouvons les causes que nous avons rencontrées dans l'ancien droit français sous les n^{os} 1, 4, 5, 7, 8 et 14.

Dans la Valachie les législations postérieures, au contraire, ignorent toute cause d'indignité². Ce n'est que que le Code pénal de 1852, — treize ans avant la mise en vigueur du C. C. actuel, — qui a édicté trois causes d'indignité : 1^o meurtre ou tentative de meurtre ; 2^o brigandage ou tentative de brigandage ; 3^o abandon ou ordre d'abandonner un enfant à qui on aura occasionné ainsi la mort (art. 30 et art. 281 C. P. Roum. de 1852).

Mais il n'en fut pas de même de la Moldavie, où le Code de Callimaki — d'origine autrichienne — organisait dans ses articles 695 — 700 un système presque identique à celui du Code autrichien de 1810 encore en vigueur. Le Code de Callimaki permettait l'exhérédation dont il compte treize cas. (art. 978) qui la plupart sont identiques à ceux de l'ancien droit français.

§ III. — DROIT MODERNE

I. — *Notions générales*

La clef de voûte du système de l'indignité. — Les principes qui dominent le système de l'indignité varient avec la

1) Cette cause qui se trouvait dans le droit romain : *Si novercæ suæ aut concubinæ patris filius se immiscuerit* ; n'a pas été reçue dans l'ancien droit français. (Pothier, *loc. cit.*)

(2) Mais elles s'occupent largement des causes de révocation des donations. C. d'Andronaki Donici, ch. xxiv. *Despre danii sau dăruiri*, art. 7 et 8 : ingratitude, survenance d'enfant, inexécution des charges. — Il en est de même des causes d'exhérédation. *Ibid.* ch. xxxvi. *Despre mostenirea cea prin diată*, art. 10-12, où l'on trouve la plupart des causes d'exhérédation que nous connaissons.

conception que se fait le législateur de la nature juridique de la transmission successorale. Il y a entre la liberté de tester et la réglementation de l'indignité un rapport de cause à effet. Plus une loi se fait une idée large de la puissance du testateur et donne de préséance à la succession testamentaire sur la succession *ab intestat*, plus les causes d'indignité sont nombreuses et rigoureuses. Plus un législateur se fait une idée étroite de la puissance du testateur et donne la préséance à la succession *ab intestat* sur la succession testamentaire et moins les causes d'indignité sont nombreuses et rigoureuses. Une faute légère suffit dans le premier système ; il en faut une très grave dans le deuxième.

Il en fût ainsi dans l'ancien droit romain, il en est ainsi en droit moderne : à une grande liberté de tester le droit romain donna un grand nombre de causes d'indignité ; à une moindre liberté de tester le Code Français donna un très petit nombre de causes¹. Et lorsque les législations qui suivirent ce Code s'écarterent de l'idée étroite de ses auteurs sur les successions testamentaire et *ab intestat*, et revinrent à l'idée large du droit romain, elles s'écarterent aussi de son système étroit de l'indignité pour s'inspirer de la nouvelle 115. Peu conséquent dans ses principes, l'ancien droit français qui avait repoussé le système romain de la succession testamentaire conserva néanmoins ses causes d'indignité. Aussi peu logique fut le législateur roumain de 1863 qui s'écarta du Code Civil Français pour se

(1) Et au contraire lorsqu'il s'agit du testament où il reconnaît tout pouvoir au disposant — sauf la réserve — les causes d'éloignement pour ingratitude bien qu'en nombre de trois, comprennent en fait sous le terme d'injure, toutes les causes que l'on veut.

rapprocher du droit romain par l'admission d'une succession testamentaire et qui néanmoins n'introduisait que les trois causes d'indignité du Code Napoléon.

Critique du Code allemand. — De ces deux systèmes bien définis le Code allemand paraît se rallier à celui qui nous vient de Rome. Mais il n'en est rien. Ce Code contient une disposition bizarre qui renverse toute conception de la succession et de l'indignité. Il admet l'indignité dans le cas où l'héritier aura sans droit déterminé le défunt à faire ou révoquer une disposition à cause de mort ou l'aura empêché d'en faire ou révoquer, mais cette indignité ne sera pas encourue si avant l'ouverture de la succession, l'acte au sujet duquel s'est rendu coupable l'héritier est devenu inefficace.

On se demande ce que cela peut vouloir dire. Sur quoi une règle aussi extraordinaire peut-elle se fonder ? L'indignité est-elle oui ou non l'expression de l'intention présumée du défunt : qu'importe que l'acte pour lequel sa volonté a été violée, l'acte pour lequel son héritier a commis des torts graves à son égard, soit efficace ou non ¹.

Est-il admissible de faire dépendre la peine d'un coupable d'une cause indépendante de sa volonté ?

Le Code Suisse et le Projet Hongrois n'ont pas reproduit la règle et on ne saurait assez les louer d'avoir su garder un peu d'indépendance de jugement — ce dont ils ne font pas souvent preuve.

II. — *Classification des causes d'indignité*

Les causes d'indignité sont très nombreuses dans les

(1) Voyez *infra*, p. 283.

législations récentes. Le Code Espagnol n'en connaît pas moins de sept. Mais nous pouvons aisément les réduire à trois classes :

1° Causes qui constituent un attentat à la vie ou à l'honneur du défunt — et selon quelques législations — à la vie et à l'honneur de ses proches, et à ses biens ou ceux de ses proches ;

2° Causes qui constituent un acte de désobéissance grave à la volonté du *de cujus* ;

3° Causes qui constituent un attentat aux lois et aux bonnes mœurs.

I. — Causes qui constituent un attentat à la vie, à l'honneur ou aux biens du défunt et de ses proches.

I. — Meurtre ou tentative de meurtre.

a) *Auteur du meurtre.* — C'est le plus grand méfait que l'on peut avoir commis envers le défunt, de lui avoir donné la mort ou de l'avoir tenté. Cela suppose évidemment et naturellement, la volonté de donner la mort, c'est-à-dire le meurtre ou l'assassinat dans le sens des articles 293-296 et s. C. P. Fr., car celui qui se serait rendu coupable d'un homicide par imprudence, serait plutôt à plaindre qu'à punir : quegli che involontariamente uccide un suo congiunto o il coniuge, è degno piu di commiserazione che di biasimo : il dolore per sangue versato non sarà nè lieve, nè brese : non sarebbe allora crudeltà a dolore aggiungere dolore¹ ?.

Mais lorsque le meurtre a été commis volontairement,

(1) Mazzoni, *op. cit.*, p. 81.

peu importe que la loi le déclare excusable ; cela est admis aussi bien dans les législations qui demandent la condamnation, car le coupable d'un crime excusable est condamné, que dans celles qui ne la demandent pas. Mais si l'héritier s'est rendu coupable non pas de meurtre, mais de coups et blessures ayant occasionné la mort, on dit généralement que le coupable ne sera pas indigne puisqu'il n'avait pas la volonté de tuer.

Lorsque le *de cuius* a succombé en duel, la question est vivement controversée. Le législateur ne l'ayant pas prévue certains auteurs pensent que l'indignité dépendra de la condamnation de la Cour d'assises pour meurtre ou homicide par imprudence¹.

Mais nous croyons l'opinion contraire préférable, parce que le coupable a dû envisager de sang-froid cette éventualité. S'il s'est décidé au duel il a bien eu la volonté de tuer². Et d'ailleurs ce serait presque injurieux pour la mémoire du défunt que celui qui lui a donné la mort succède à ses biens³. La loi belge du 8 janvier 1841 le déclare indigne (art. 5). Et nous pensons qu'il doit en être de même en droit roumain⁴ où une loi du 17 février 1874 punit de 15 jours à 4 ans, les combattants, s'il en résulte la mort ou des blessures (C. Pen. Roum., art. 259) et des peines de meurtre au cas où le duel n'a pas eu lieu dans des conditions normales.

Les auteurs allemands déclarent indignes le combat-

(1) Demolombe, XVI, n. 232 ; Laurent, IX, n. 4 ; Baudry et Wahl, I, 244 ; Naco, p. 37, n. 25.

(2) Planiol, III, n. 1741.

(3) Mazzoni, p. 83.

(4) Petresco, I, p. 118 et s. ; *Contrà* Naco, II, p. 37, n. 25.

tant, s'il y a eu intention de tuer, mais non pas s'il y a eu blessure entraînant la mort¹. La question est encore plus difficile à résoudre si l'héritier s'est rendu coupable d'avoir donné la mort au *de cuius* sur l'ordre ou la prière de celui-ci. Les Codes ne prévoient pas le cas. Mais les criminologues considèrent généralement le coupable comme auteur du meurtre : il serait donc indigne. La vie est un bien inaliénable et le fait d'avoir demandé la mort n'entraînait pas aliénation de sa vie dont le coupable ait pu disposer. Mais nous pensons que selon le cas on pourra présumer le pardon dans les législations qui l'admettent et éviter ainsi l'indignité.

b) *Complices du meurtrier*. — Les auteurs se prononcent généralement contre l'indignité des complices parce que ceux-ci ne sont pas condamnés pour avoir donné la mort²; mais nous estimons préférable l'opinion contraire non pas seulement parce que l'article 59 du C. Pen. punit les complices de la même peine — car d'autres législations les punissent d'une peine inférieure, notamment le C. P. Rom., art. 49 — mais parce que nous estimons que l'intention du législateur civil n'a pas été d'attacher une importance particulière au mot « condamné pour meurtre » mais d'y entendre par cela tous ceux qui ont coopéré au crime. Une loi qui rend indigne l'héritier, qui ne dénonce pas le meurtrier ne peut pas vouloir pardonner le complice³. Est-il admissible que cet enfant qui n'a pas dénoncé le meurtre soit indigne, alors que cet autre qui aura fait

(1) Planck, p. 624, art. 1339, n. 2, 1.

(2) Laurent, IX, n. 3; Baudry et Wahl, I, n. 742; Naco, II, p. 37, n. 26.

(3) Demolombe, XIII, n. 221; Alexandresco, III, p. 242; Petresco, I, p. 221 et s.

le guet pendant que le criminel aura tué son père ne le sera pas?

Le C. C. Portugais est le seul qui prévoie la question et il est favorable à la solution qui déclare le complice¹ indigne de succéder.

c) *Contre quelles personnes le meurtre ou la tentative doivent se produire.* — Dans un premier groupe qui comprend la France, la Roumanie, le Portugal, l'Italie, l'Allemagne, la Suisse et la Hongrie, le meurtre doit avoir été commis envers le *de cujus* lui-même. Au contraire dans un deuxième groupe qui ne comprend, malheureusement, que l'Autriche et l'Espagne il y a indignité lors même que le meurtre a été commis à l'égard des enfants, père et mère ou conjoint du *de cujus*².

Et par enfants on n'entend pas seulement les enfants légitimes mais aussi les enfants adoptifs ou naturels reconnus³.

Supériorité du système autrichien. — Il est évident qu'au double point de vue moral et de l'affection présumée du défunt, le système autrichien est de beaucoup supérieur. Il est regrettable que parmi les législations qui l'ont suivi, le Code d'Espagne seul, l'ait imité. Est-il admissible qu'on succède à celui dont on aura tué le fils?

d) *Conditions sous lesquelles le meurtre entraîne l'indignité.* — Dans un premier groupe composé des Codes Français, Roumain, Portugais et Espagnol, on requiert une condamnation, alors que dans le groupe formé par les autres légis-

(1) V. le *Tableau des législations comparées*, p. 246-247.

(2) Voyez le *Tableau des législations comparées*, p. 246-247.

(3) Anders, p. 7 b.

lations — Autriche, Italie, Allemagne, la Suisse et la Hongrie — il ne faut plus de condamnation du tout ; il suffit de la réunion des faits qualifiés crime ou tentative de crime.

Premier groupe. — Tant que le coupable n'aura pas été condamné, quelles que soient les circonstances de son crime et quel que soit l'état de l'affaire pénale, le coupable n'est pas indigne et cela même lorsqu'il aura lui-même avoué son forfait, et fût-il déjà déclaré coupable par le jury. S'il venait à mourir avant le prononcé de la condamnation, celle-ci ne pourrait plus être prononcée et il ne pourra plus être déclaré indigne.

De même lorsqu'il y a eu légitime défense (C. Pén. art. 328), ou homicide commandé par l'autorité (C. Pén. art. 327) ou état de démence au moment du meurtre (C. Pén. art. 64) ou quand le coupable était mineur de 16 ans et qu'il a été jugé avoir agi sans discernement (C. P. art. 66), ou qu'il y a eu homicide par imprudence.

Il ne peut pas non plus y avoir ici d'indignité si l'action publique est prescrite, c'est-à-dire si 10 ans se sont écoulés depuis le crime sans qu'aucune poursuite ou qu'aucun acte de poursuite n'ait été fait ou qu'il s'est écoulé 10 ans depuis le dernier acte de procédure non suivi de jugement ou d'arrêt (C. Inst. Cr. art. 637), ou qu'une amnistie soit intervenue car l'effet de l'amnistie est d'effacer le crime dans le passé sans que rien y subsiste ; et cela même si l'amnistie est intervenue postérieurement au commencement des poursuites, car elle agit rétroactivement.

Mais il n'en est pas de même de la grâce qui ne fait que remettre l'exécution de la peine, tout en laissant subsister

la condamnation ; ni de la réhabilitation qui n'a d'effets que pour l'avenir.

Deuxième groupe. — C'est la loi autrichienne qui a inauguré ce système rigoureux pour les coupables. Il suffit qu'il y ait un fait qualifié crime ou tentative de crime, que tous les éléments soient réunis qui pourraient justifier une poursuite pénale, pour que l'indignité soit encourue. Elle pourra donc exister avant toute poursuite, avant sa défense, avant sa condamnation ¹. — La prescription de l'action publique n'empêchera pas la déclaration de l'indignité ¹, ni la mort du coupable avant sa condamnation ; ni l'amnistie car l'amnistie n'a d'effet que sur l'action pénale ².

Mais s'il ne faut pas de condamnation il faut au moins la certitude de la culpabilité. On pourra arriver à la déclaration de l'indignité par la pétition d'hérédité de la part de celui qui a droit à la succession à défaut de l'indigne. Si celui-ci s'y refuse on lui oppose l'indignité. Il va de soi

(1) M. Huc écrit la-dessus : L'action en déclaration d'indignité dure 30 ans. Or, en droit italien si l'on admet la théorie rationnelle que l'on ne peut faire constater au civil un fait qui constituerait un crime mis à couvert de l'action publique par la prescription, il pourra arriver que l'action en déclaration de l'indignité devienne irrecevable par suite d'une prescription qui s'accomplirait peu de temps après le décès du *de cuius*. Or, dans la même hypothèse, elle ne pourrait être exercée en droit français car il n'y aurait pas eu de condamnation. — Il ne faudrait donc pas se méprendre sur la portée de cette modification. (Huc, le C. C. Italien, p. 178.) — A cela on peut objecter d'abord que « la théorie rationnelle » n'est pas admise en Italie (v. n. 2) et en France non plus, par tout le monde ; ensuite que l'indignité opérant de plein droit (v. *infra*, p. 290 et s...) le jour de l'ouverture, la prise de possession par l'indigne serait nulle dès ce jour, et les nullités de plein droit ne se couvrent par aucun laps de temps ; troisièmement que l'utilité de l'innovation ne se présente pas seulement dans le cas prévu mais toutes les fois qu'il n'y a pas eu condamnation.

(2) Mazzoni, I, p. 88.

que conformément à la règle que le pénal tient le civil en l'état, si un procès pénal était pendant, l'instance civile devra surseoir à statuer jusqu'à ce que le litige pénal aura été tranché. Mais quel que soit le jugement pénal, il ne pourra jamais déclarer l'indignité qui est une peine exclusivement civile et n'a aucun rapport, dans ce groupe, avec la condamnation pénale ¹.

Critique du premier groupe. — On ne comprend guère la nécessité d'une condamnation pénale alors que le meurtre ou la tentative est certaine. On réplique que l'inculpé est présumé innocent. Cela n'est déjà pas mal. Mais alors pourquoi n'avoir pas procédé de la même façon dans les hypothèses des art. 955 et 1046, concernant le donataire et le légataire. Pourquoi ces deux mesures que rien ne justifie ni en théorie ni en pratique. Pourquoi le donataire et le légataire seront-ils privés de la donation ou du legs pour avoir attenté à la vie du donateur ou du testateur avant toute condamnation ? Pourquoi cette excessive galanterie à l'égard du meurtrier qui est héritier *ab intestat* ?

A cela on répond que dans l'esprit de la loi on devrait traiter mieux les héritiers *ab intestat* parce que ceux-ci succèdent en vertu de leur parenté et de la volonté de la loi plutôt que de la volonté du défunt. Jamais argument plus faux n'a été apporté pour soutenir une doctrine.

Il est absolument faux — nous l'avons suffisamment démontré dans la première partie — que c'est par la volonté de la loi seule que les parents héritent. Et si cela était, le vouvoir du législateur, aussi grand soit-il, a néanmoins une limite : celle qu'il s'est imposé lui-même. Or le législa-

(1) Mazzoni, I, p. 86.

teur ne prohibe-t-il pas tout ce qui est contraire à la justice ou aux bonnes mœurs. Il ferait bien de ne pas l'oublier, ce principe, notre législateur, car n'est-il pas contraire au principe de l'égalité de la justice que de traiter deux gens, coupables du même tort, d'une façon inégale.

Et n'est-ce pas là un scandale — d'autant plus fâcheux que c'est la loi qui le patronne — que ce parricide qui hérite de son père parce que la justice a été assez maladroite pour ne pas découvrir plus tôt son forfait ?

Et n'est-il pas détestable de prétendre que l'on doive être plus indulgent pour le fils qui tue son père que pour un étranger que celui-ci a gratifié ? Le crime entre parents ne devrait-il pas être plus odieux que le crime entre étrangers ?

II. — *Mise du défunt dans un état d'incapacité de faire son testament*¹

Cette cause n'est admise que par l'Allemagne, la Suisse et la Hongrie, les trois législations les plus récentes. Les auteurs sont complètement muets à cet égard. Cette condition figurant dans le Code allemand à la suite du meurtre ou de la tentative de meurtre, avec qui elle ne fait qu'une phrase, il est probable qu'elle vise les conséquences que la tentative de meurtre a pu avoir sur le *de cuius*. Mais puisque la tentative est suffisante pourquoi parler encore de ces incapacités car si le défunt était capable de faire le testament, l'héritier n'aurait pas moins été indigne.

(1) Voyez le *Tableau des législations comparées*, *suprà*, p. 246-247.

Mais cela peut viser aussi l'incapacité qui peut résulter de coups et de blessures; dans ce cas la disposition a une réelle utilité.

III. — *Attentat contre les biens du défunt ou de ses proches*

Le Code autrichien est le seul qui prononce l'indignité dans ce cas; les auteurs que nous avons consultés ne s'expliquent pas, mais se bornent à répéter les termes de la loi. Nous pensons qu'il faudrait entendre par ces termes non pas un procès civil en revendication ou autrement, mais les dispositions du Code Pénal intitulées dans le Code Pénal français. (T. II. Ch. II, art. 379-463) *crimes et délits contre la propriété*, et qui comprennent le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance et les cas de destruction, dégradation et dommages causés à la propriété de quelque façon que ce soit, en les incendiant ou autrement.

S'il en est ainsi, peut-être la législation autrichienne est-elle sévère — mais pas trop — pour le vol et l'abus de confiance, mais pour le reste et même pour le vol et l'abus de confiance lorsqu'ils présentent de la gravité, nous estimons qu'elle est très sage et mérite à être suivie. La succession — nous l'avons démontré — est un cadeau, auquel les héritiers n'ont aucun, mais absolument aucun droit, depuis que la copropriété de la famille a cessé — sauf ce que nous avons dit des réservataires — et alors il convient que ceux qui se rendent coupables d'un délit envers celui qui leur offre ce cadeau, soient écartés.

La morale et la conservation de l'institution de la famille sont à ce prix.

IV. — *Accusation capitale jugée calomnieuse*I. **Fait requis**

Cette cause d'indignité n'est acceptée que par les Codes français, autrichien, roumain, italien et espagnol. Mais toutes n'exigent pas que l'accusation soit capitale : il n'en est ainsi que dans les Codes français et roumain. — Le Code autrichien parle de toute atteinte à l'honneur ; le Code italien d'une accusation criminelle ; et le Code espagnol d'une accusation pouvant entraîner une peine afflictive.

a) *Sens des mots « porter accusation »*. — *Critique de la loi et réfutation*. — On a vivement reproché au législateur français l'emploi du mot accusation, parce que, a-t-on dit, ce ne sont plus les particuliers qui accusent dans notre organisation pénale mais le ministère public.

Pourtant les lois italienne et espagnole, qui ont suivi assez tard le Code français, et qui ont admis cette cause d'indignité, ont répété le mot d'accusation, à moins que ce ne soit une erreur dans la traduction de ces Codes.

Il nous semble que c'est à tort qu'on l'a reproché aux auteurs du Code civil. Car si le mot accusation a un sens défini dans le Code Pénal, qui est celui d'indiquer l'action portée par le ministère public devant les tribunaux de répression, il en a un autre bien plus large, qui est celui de toute imputation d'une faute grave et dans le cas de l'art. 727, al. 2 C. C., *toute imputation*, de quelque manière qu'elle soit faite, qui pourrait justifier d'une action pénale aboutissant à une condamnation capitale. Et c'est dans ce dernier sens que le législateur a dû entendre les mots » porter accusation » et non pas dans celui de s'adresser à l

justice. Dire d'une personne qu'elle a assassiné son père, c'est porter contre elle une accusation capitale. Il n'est nullement besoin de la déposer au fonctionnaire compétent, car l'action publique peut se mouvoir d'office.

Les auteurs ont proposé d'entendre la loi dans le sens de toute plainte ou dénonciation et ainsi ne serait indigne que celui qui s'est adressé directement à la justice¹. Nous estimons au contraire que le législateur ne s'est pas soucié de la signification pénale du mot accusation et pour s'en convaincre *qu'il n'a même pas pu y penser, il faut se rappeler que le Code d'Instruction criminelle est postérieur de quatre ans au code Civil.*

Et le Code civil se sert de l'expression « porter accusation » qui n'est pas du tout une expression consacrée. Le Code d'Instruction criminelle parle de « rendre plainte » (art. 63). On ne saurait, sans défigurer le langage du Code civil, lui donner ce sens. Ce que la loi veut pour qu'il y ait indignité c'est que l'accusation puisse entraîner la peine capitale et qu'elle soit calomnieuse. Or pour calomnier il ne faut pas nécessairement s'adresser à la justice. La loi du 17 mai 1819, — modifiée elle-même par la loi du 25 mai 1822 — qui a abrogé les art. 367-372, 374-375, et 377 du Code Pénal, décide qu'aux termes l'art. 367 nouveau que : sera coupable du délit de calomnie, celui qui, soit dans les lieux ou réunions publiques, *soit dans un acte authentique et public*, soit dans un écrit imprimé ou non qui aura été affiché, vendu ou distribué, *aura imputé à un individu quelconque des faits qui, s'ils existaient, exposeraient celui contre lequel ils sont articulés à des poursuites criminelles* ou correction-

1) Demolombe, XIII, n. 236-238 ; Laurent, IX, n. 6 ; Baudry et Wahl, I, n. 246.

nelles ou même l'exposeraient seulement au mépris ou à la haine des citoyens.

C'est dans ce sens que le législateur civil a du entendre la disposition de l'art. 727, al. 2. D'ailleurs — ce qui ruine le système adverse — le Code Pénal ne parle nulle part de « plainte jugée calomnieuse ». L'article 367 nouveau que nous venons de citer ne parle que d'« imputation calomnieuse » et l'art. 373 de « dénonciation calomnieuse. » *Il n'existe pas de texte de loi qui punisse une « plainte calomnieuse »*. Et il ne saurait en exister car c'est le ministère public qui porte la plainte. — Comment fera-t-on alors ! Faudra-t-il se contenter de dénonciation seulement ? Cela est inadmissible par suite d'un argument à *contrario*, tiré de la comparaison des deux derniers alinéas de l'art 727. L'alinéa 2 parle d'une accusation et l'alinéa 3 d'une dénonciation. C'est donc qu'on a voulu entendre dans l'alinéa 2 autre chose qu'une dénonciation.

D'ailleurs — et cela a son importance — l'art. 371 nouveau C. P. punit le calomniateur dans les conditions de l'art. 367 nouveau ci-dessus, d'un emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende de deux cents francs à cinq mille francs, si le fait *imputé* est de nature à mériter la peine de mort.... alors que l'art. 373 ne punit celui qui aura fait *une dénonciation calomnieuse* dans les mains des officiers de justice ou de police administrative ou judiciaire, que d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de cent francs à trois mille francs.

Il en résulte donc, premièrement que le Code Pénal ignore une « plainte calomnieuse » et qu'elle ne connaît que la dénonciation et l'imputation calomnieuse et deuxièmement qu'elle punit la dénonciation d'une *peine moindre* que

l'imputation. *C'est donc qu'elle considère cette dernière comme plus grave.* Est-il admissible alors que dans le délit de calomnie, à une peine correctionnelle supérieure il ne corresponde aucune peine civile et au contraire à une peine inférieure il corresponde une peine civile aussi? Est-il admissible ce traitement inverse du pénal au civil?

Le système de la doctrine qui exige une « plainte calomnieuse » ou « une dénonciation calomnieuse » est visiblement contraire à la loi, mais il aboutit aussi à des conséquences immorales et contraires à la volonté du défunt. Car il est immoral — et la loi devrait éviter de l'être si souvent que les auteurs le veulent — de juger deux coupables qui tous deux se sont rendus coupables du même délit, et qui pour cette fois peuvent être tous deux parents¹, d'une façon différente et ce qui est pire de punir civilement celui qui pénalement a été coupable d'un délit moindre. Peut-on admettre que de deux frères qui tous deux ont accusé leur père d'avoir assassiné sa femme, Primus par la voie de la presse, Secundus par une dénonciation à la justice, le premier héritera bien que condamné à 5 ans et que Secundus n'héritera pas malgré que condamné à 1 an pour un délit moindre?

Et, est-on bien sûr de ne pas fouler aux pieds, cette malheureuse volonté présumée du défunt dont on parle comme d'un principe mais dont à chaque circonstance on viole l'expression.

Si nous voulions — mais nous ne donnons cela qu'à titre d'indication car nous repoussons ce procédé érigé en méthode — si nous voulions comparer un peu les lois étrangères à la loi française, nous constaterons que pour

(1) Voyez *suprà*, p. 261.

le Code Pénal roumain aussi, l'imputation est un délit plus grave que la dénonciation calomnieuse (Comp. C. P. roum. art. 297 (ancien 371, C. P. Fr.) et l'art. 298 (qui n'a pas de correspondant en français.)

Nous constatons ensuite qu'il ignore aussi une « plainte calomnieuse » car il ne la punit pas. Et enfin il parle dans son art. 298 de « celui qui sachant que *son accusation* est calomnieuse fait par devant... *une dénonciation calomnieuse écrite* ». — On voit donc qu'ici encore « accusation » est pris dans le sens de « imputation » ou de « dénonciation ».

Mais la façon de s'exprimer de l'art. 723, al. 2. Italien et 736, al. 3. Espagnol prouve que ces législations ont entendu le mot accusation dans le sens que nous avons prêté au langage du C. C.¹.

b) Autres cas d'accusation. — Quant au faux témoignage, s'il tend à aggraver la peine qu'entraînait l'imputation calomnieuse — malgré la distinction apparente qu'il y a entre ces coupables — nous estimons qu'il doit être également déclaré indigne. En effet, celui qui par son faux témoignage tend à aggraver la peine ne fait autre chose qu'imputer un fait nouveau, dont il a tout seul l'initiative et dont il doit subir les conséquences. Et il en sera de même pour ceux qui se sont rendus coupables de réticences ou qui ont caché la vérité si par suite de ces agissements il devait s'en suivre une aggravation de peine².

c) Cas spécial au Code Autrichien. — *Attentat à l'honneur du de cujus ou de ses proches.* Le Code Autrichien est le seul qui contienne cette solution générale et très large. Les auteurs que nous avons consultés ne s'expliquent pas plus sur ce

(1) Voyez *suprà*, *Tableau des législations comparées*, p. 246-247.

(2) Mazzoni, *op. cit.*, p. 93.

point que sur l'attentat aux biens. Nous pensons qu'ici encore le législateur a dû penser aux délits prévus par le Code Pénal, savoir ceux qui sont prévus dans le C. P. Français, Tit. II, Ch. I. S. IV-VII, art. 330-378 et qui comprennent l'attentat aux mœurs, arrestations illégales et séquestration de personnes; faux témoignage, calomnie, injure, révélation de secrets, etc. Et comme pour l'attentat aux biens, et pour les mêmes motifs, nous pensons que c'est là une sage disposition qui mérite d'être imitée.

II. Condition de gravité de l'accusation

1) *Exposition des systèmes*

Les Codes Français et Roumain demandent une accusation capitale.

Le Code Italien demande une accusation punissable d'une peine criminelle; le Code Espagnol une accusation punissable d'une peine afflictive et le Code Autrichien un attentat à l'honneur dans des conditions qui justifieraient une poursuite correctionnelle.

Premier groupe. — I. France. — On se demande dans ce groupe ce que c'est qu'une accusation capitale? Tout le monde est d'accord — la chose est remarquable — pour dire que c'est une accusation qui entraînerait la peine de mort : mort naturelle ou mort civile.

Mais l'accord ne s'est pas établi tout de suite. On avait soutenu, en effet, qu'on devait entendre par accusation capitale, celle qui pouvait entraîner une peine afflictive et infamante, c'est-à-dire, la mort, les travaux forcés à perpétuité et à temps, la détention, la réclusion (C. P. art. 67) et même les peines simplement infamantes : le

bannissement et la dégradation civique ¹. Mais depuis l'accord s'est fait ; et comme la mort civile a été supprimée il ne reste plus, dit-on, que la mort naturelle.

Critique de ces deux systèmes. — Il est incontestable que le système de Delvincourt était trop large ; mais le système actuel, qui est de Toullier, est par trop étroit.

En effet, considérez qu'avant 1834 la mort civile amenait l'indignité. Mais la mort civile n'était qu'une peine accessoire de la peine de mort (C. P. art. 23) des travaux forcés à perpétuité, et de la déportation (C. P. art. 18). Or, lorsque la loi de 1834 a aboli la mort civile, on oublie que cette abolition n'a pas été faite purement et simplement que pour la mort naturelle, car l'art. 3 de la loi du 31 mai 1834 dispose pour les condamnés à une peine afflictive perpétuelle *qu'ils ne peuvent disposer de leurs biens en tout ou en partie soit par donation entre vifs, soit par testament. Tout testament fait par eux antérieurement à leur condamnation contradictoire devenue définitive, est nul.*

Les peines afflictives perpétuelles sont les travaux forcés à perpétuité (C. P. art. 6-7) et la déportation (C. P. art. 17) pour lesquelles on encourait la mort civile.

Quelle est alors la situation juridique de ces condamnés ?

Il sont frappés d'abord, comme tout condamné à une peine criminelle, de la dégradation civique (C. Pen. art. 28), qui ne nous intéresse pas, et de l'interdiction légale (C. P. art. 29-36), qui au contraire, nous intéresse beaucoup. L'interdit légalement, tout condamné à une peine criminelle perpétuelle ou temporaire, perd l'exercice mais non

(1) Delvincourt, II, 25 et les auteurs cités par Demolombe, XIII, n. 239.

la jouissance de ses droits civils. On lui donne un tuteur qui administre ses biens avec charge de ne rien lui remettre, pas même les revenus qu'il récolte pendant l'expiation de la peine (C. Pén. art. 31) et de lui rendre le tout, capital et revenus, lors de sa libération (C. Pén. art. 30). — C'est tout.

Pour ce qui concerne les donations le tuteur ne peut en faire ni l'interdit non plus, conformément aux règles du droit commun, ni même avec l'autorisation du Conseil de famille, en dehors des présents d'usage. Il y a néanmoins une exception toute naturelle qui concerne la constitution de dot d'un enfant de l'interdit, que le tuteur peut faire avec les formes requises (C.C. art. 511) Quant au testament, l'interdit légalement est libre d'en faire en faveur de qui il voudra, sauf le droit des réservataires; et s'il avait fait un testament, antérieurement à sa condamnation, celui-ci serait parfaitement valable.

Au contraire la loi de 1854 a porté une dérogation à cette règle pour ce qui concernait les peines qui antérieurement entraînaient la mort civile, travaux forcés à perpétuité et déportation. Ces condamnés souffrent en outre de l'incapacité de donner entre vifs, une double incapacité testamentaire : ils ne peuvent plus tester après leur condamnation et le testament antérieur à la condamnation est nul.

Les condamnés à une peine perpétuelle sont donc condamnés depuis 1854 à mourir intestat.

Or, quel était le but du législateur quand il avait frappé d'indignité ceux qui ont porté contre le défunt *une accusation capitale*? Voici ce qu'écrivait Demolombe qui a com-

battu le système de Delvincourt. « Nous avons déjà remarqué, en effet, que notre Code n'a admis, comme causes d'indignité, *que les faits qui se rattachent à l'ouverture même de la succession* ¹ (suprà, n. 219) ». Et au n. 219 voici ce qu'il écrivait : « Il est remarquable que les trois causes d'indignité admises par notre Code, offrent également ce caractère commun *qu'elles ont trait à l'ouverture même de la succession du de cujus*, soit que *les faits constitutifs de l'indignité aient eu ou aient pu avoir pour résultat de produire directement cette ouverture*, comme dans les deux premiers cas de l'art. 727, soit que du moins ils s'y rattachent indirectement, comme dans le troisième cas ».

Par conséquent, il faut qu'il y ait un rapport direct de cause à effet entre le méfait de l'héritier et l'ouverture de la succession ; si cela est, le législateur veut empêcher l'indigne de profiter d'une succession dont il a voulu provoquer l'ouverture par l'accusation calomnieuse. Il était donc certain que la mort civile donnant ouverture de la succession, l'accusation calomnieuse qui pouvait l'entraîner devait être une cause d'indignité. Or n'en est-il pas de même pour les condamnés à des peines perpétuelles depuis la prétendue suppression de la mort civile ? La condamnation perpétuelle entraînant la nullité du testament antérieur et la prohibition de faire un testament postérieur, provoque forcément et nécessairement l'ouverture de la succession *ab intestat*.

Selon l'art. 25 du C.C. la succession du mort civilement était ouverte au profit de ses héritiers, auxquels ses biens

(1) Demolombe, XIII, n. 239, 2.

sont dévolus de la même manière que *s'il était mort sans testament*.

Selon la loi de 1854 et le C. Pénal la succession du condamné à une peine perpétuelle est également ouverte au profit de ses héritiers, auxquels ses biens sont dévolus de la même manière que *s'il était mort sans testament*.

L'unique différence est que selon le Code civil la succession s'ouvrait immédiatement, alors que selon la loi de 1854 elle ne s'ouvre qu'à la mort naturelle. Le seul effet de la loi de 1854 pour les condamnés aux travaux forcés à perpétuité et les déportés, est d'avoir ajourné le moment de l'ouverture de la succession ; mais il subsiste encore le rapport direct de cause à effet qu'il y avait entre ces condamnations et l'ouverture de la succession *ab intestat*, par conséquent il subsiste encore de nos jours un rapport de cause à effet entre l'accusation calomnieuse qui pouvait entraîner une condamnation perpétuelle et l'ouverture de la succession *ab intestat* du calomnié. *Il s'en suit logiquement et naturellement, que celui qui s'est rendu coupable d'une accusation calomnieuse entraînant une peine perpétuelle, doit être déclaré indigne de succéder à celui qu'il a calomnié.*

Voici pourquoi, nous le répétons, le système de Delvincourt a été justement condamné car les peines de travaux forcés à temps, la détention, la réclusion, le bannissement et la dégradation civique, laissant au condamné la liberté de tester, on ne pouvait dire qu'il y avait entre l'accusation calomnieuse et l'ouverture de la succession *ab intestat* de ces condamnés, une relation de cause à effet. Voici pourquoi aussi le système de Toullier, qui n'admet que la peine de mort pour l'indignité doit être également con-

damné car il ignore la véritable portée de la loi de 1854.

Nous concluons :

Une accusation capitale calomnieuse rend le calomniateur indigne de succéder au calomnié.

L'accusation capitale est celle qui ferait perdre à l'accusé la possibilité de disposer de ses biens.

Les peines de travaux forcés à perpétuité et à la déportation font perdre la capacité de disposer de ses biens.

L'accusation calomnieuse qui entraînerait une de ces peines est une accusation capitale qui rend le calomniateur indigne de succéder au calomnié.

II. Roumanie. — Pour la législation roumaine — qui se sert des mêmes termes d'accusation capitale — la question est encore plus épineuse. — En effet d'un côté le Code Civil qui est de 1865 a ignoré la mort civile qui était supprimée en France depuis 1854 ; d'un autre côté le Code Pénal n'a pas reproduit la peine de mort. On ne saurait non plus appliquer l'indignité à propos des condamnations aux travaux forcés à perpétuité et à la déportation — comme en France — parce que d'abord, la déportation est ignorée par le C. Pen. Roum. et quant aux travaux forcés à perpétuité la législation roumaine ignore également la double incapacité de la loi française de 1854, et ne les frappe que de l'interdiction légale ordinaire qui leur laisse la capacité de tester (C. P. Roum., art. 13). Il ne peut donc y avoir aucun rapport de cause à effet entre une accusation calomnieuse entraînant une condamnation perpétuelle et l'ouverture de la succession du calomnié, partant il ne peut y avoir de l'indignité pour ceux qui se sont rendus coupables de cette accusation.

L'alinéa 2 de l'art. 655 C. C. Roum., n'a donc aucune application pratique ¹.

Deuxième groupe. — I. *Italie.* — Le Code Civil Italien parle d'une peine criminelle. Mais il ne faut pas oublier que le Code Pénal Italien, art. 1, n'admet plus la division tripartite des peines en criminelles, correctionnelles et de simple police, mais propose une division nouvelle en délits et contraventions.

Pour mettre d'accord la législation, l'art. 20. du décret du 1^{er} décembre 1889 a décidé que dans tous les cas où les lois, décrets, règlements, traités ou conventions internationales parlent de crimes, délits et contraventions on comprendra par peines criminelles : la peine de l'ergastolo, l'interdiction perpétuelle, la réclusion ou la détention pour un temps supérieur à 3 ans. — L'héritier sera donc indigne lorsque son accusation calomnieuse aurait menacé le défunt de l'une de ces peines ². La législation Italienne est donc bien plus sévère pour les indignes.

II. *Espagne.* — Le code Espagnol frappe d'indignité ceux qui se sont rendus coupables d'une accusation calomnieuse qui entraîne une peine afflictive.

(1) Dans ce sens Alexandresco, III, p. 244... — *Contrà*, Petresco I, p. 124, qui pour le motif trop absolu que « le commentateur et le magistrat qui expliquent la loi et l'appliquent doivent donner vie à une disposition légale existante » voudrait appliquer l'al. 2 de l'art. 655, à toute accusation calomnieuse qui exposerait le défunt à une peine grave et même au mépris ou à la haine des citoyens — Naco, II, p. 38, n. 30 paraît vouloir appliquer l'al. 2. de l'art. 655 à toute peine qui entraînerait l'*interdiction civile*. (C. Pen. Roum., art. 22 et 27, C. P. Fr. art. 421.)

(2) Les peines correctionnelles sont toutes peines hors celle de l'ergastolo et la réclusion, et les peines de simple police, toute peine de simple police ou arrêt pour moins de cinq jours ou amende de moins de 50 livres (Mazzoni, *op. cit.*, p. 91.

Troisième groupe. — Le Code Autrichien est celui qui est le plus sévère pour les calomniateurs. Tout attentat à l'honneur, quelle que soit la peine que la calomnie fasse encourir, mais pourvu qu'elle puisse justifier de poursuite en calomnie, attire l'indignité.

2) *Critique des législations*
Supériorité de la loi Autrichienne

Même appliqué aux accusations calomnieuses entraînant une condamnation perpétuelle, le champ d'application de l'al. 2 de l'art. 727 est trop restreint. Mais ce qui nous étonne particulièrement c'est de voir que les législations du Portugal, de l'Allemagne, de la Suisse et enfin les auteurs du Projet Hongrois, aient rejeté tout à fait cette cause d'exclusion, alors qu'au contraire on admet l'indignité pour avoir induit le défunt à tester ou à ne pas tester. Est-il admissible que la volonté du *de cujus* ait été que celui-ci soit indigne alors que celui qui par son accusation calomnieuse, l'a fait courir le risque de sa liberté, de son honneur, de sa vie, ne le soit pas? On s'imagine dans ces législations de sauvegarder la volonté présumée du défunt et on s'y prend si habilement, que c'est justement ce qu'on oublie, et qu'on arrive à faire tout le contraire : *au lieu de protéger la volonté du défunt on ne protège que les intérêts de ses héritiers*, car lorsque celui qui dissimule un testament est déclaré indigne, ce n'est pas tant le défunt que l'intérêt des institués qu'on protège. Si la volonté du défunt a été d'exclure de sa succession celui qui a caché son testament, *a fortiori* elle a dû l'être pour celui qui l'a calomnié. On ne doit pas répondre qu'il n'avait qu'à

l'exhérer, puisqu'il y a de ces lois, qui admettent l'exhérédation, car une bonne loi ne doit pas tant se préoccuper de ce que ses sujets ont pu faire, mais de ce qu'ils ont voulu mais n'ont pas eu le temps ou qu'ils ont négligé de faire. Une loi qui ne prévoit pas l'inaction est une mauvaise loi, car pour ce qui est de l'action il n'y a pas grand besoin qu'elle le dise.

III. — *Condition que l'accusation ait été jugée calomnieuse*

Dans un premier groupe, qui comprend la France et la Roumanie, on exige que l'accusation ait été *jugée* calomnieuse ; les Codes d'Italie et d'Espagne, c'est-à-dire la traduction de ces codes, parlent de « déclaration calomnieuse ». Nous pensons que cela veut toujours dire *jugée*. Dans un deuxième groupe où reste l'Autriche, on se contente d'une accusation qui pourrait justifier des poursuites.

Premier groupe. — Pour arriver à faire juger calomnieuse une accusation, on peut supposer trois moyens : le calomnié s'adresse à la justice correctionnelle pour faire punir le coupable, des peines prévues par les art. 372 nouveau et 373 C. Pen., ou bien il s'adresse directement au tribunal civil en dommages-intérêts contre le calomniateur. -- Il se peut, enfin, que le *calomnié* soit mort sans avoir agi et que ses héritiers s'adressent à la justice.

Il n'y a rien à dire sur la première hypothèse, sinon que le calomnié sera indigne même s'il a été condamné pour calomnie, après poursuite d'office. Il n'y a rien à dire sur la deuxième non plus, car une sentence civile, accordant des dommages-intérêts constitue un jugement suffisant de

la calomnie, mais les auteurs pensent généralement qu'une sentence correctionnelle est nécessaire ¹.

Dans la troisième hypothèse les auteurs déclarent inadmissible que les héritiers se servent de l'action pénale, car les actions pénales, *vindictæ spirantes*, ne se transmettent pas ². Mais nous préférons l'opinion contraire qui raisonne sur l'argument tiré de l'art. 957, et admet les héritiers à poursuivre si le défunt est mort dans le délai de 3 ans par lequel le délit se prescrit ³.

Deuxième groupe. — Nous n'avons rien à dire sur la législation autrichienne sinon qu'en se contentant de la réunion de faits suffisants pour engager une poursuite, elle est plus sage que les autres législations.

**II. Causes qui constituent un acte de désobéissance grave
à la volonté du de cujus**

L'Héritier majeur qui n'a pas dénoncé le meurtre

a) *Fait requis.* — Lorsque le défunt a été assassiné ou tué autrement, la loi veut que l'héritier dénonce le fait à la justice. Les Codes Français et Romain n'obligent l'héritier à dénoncer que s'il y a eu meurtre. Le Code Espagnol bien plus sage a admis cette dénonciation pour tous les cas de mort violente. Il en résulte que dans les deux premiers codes, l'héritier ne doit pas prévenir du cas d'homicide par imprudence ou si le meurtrier était en état de légitime défense ou autres hypothèses pareilles,

(1) Demolombe, XIII, n. 241; Huc, V, n. 44.; Baudry et Walh, I, n. 248.

(2) Baudry et Walh, I, n. 249.

(3) Demolombe, XIII, n. 242; Fuzier-Herman art. 727, n. 11.

alors que cette obligation incombe à l'héritier espagnol.

Ce que l'héritier doit dénoncer c'est donc le fait et non pas aussi son auteur. C'est à la justice de le rechercher. Cette cause d'indignité n'est que l'évolution de l'ancienne cause d'indignité qui frappait l'héritier qui aura négligé de venger le meurtrier du défunt.

b) *Personnes tenues de la dénonciation.* — Tout héritier est en principe obligé de le faire. — Mais il y a deux exceptions : l'une tirée de l'âge de l'héritier, l'autre du degré de parenté entre celui-ci et le meurtrier. La première résulte à *contrario* de l'article 727, al. 3 ; mais la question est controversée de savoir si étant mineur au moment de la dévolution, l'obligation de dénoncer naît avec sa majorité. Nous croyons le système contraire préférable pour cette raison que c'est au moment de l'ouverture de la succession que s'apprécient les qualités requises pour succéder. Or, si l'on peut dire — comme nous le verrons — d'un héritier majeur qui ayant appris le meurtre quelque temps après la dévolution ne l'a pas dénoncé, qu'il doit néanmoins être indigne du jour de l'ouverture, parce que n'ayant dénoncé le meurtre dont il avait acquis la connaissance postérieurement à l'ouverture, il ne l'aurait pas dénoncé non plus s'il en avait connaissance à cette époque, on ne saurait tenir le même raisonnement à propos d'un mineur, ou alors on déciderait visiblement contre la loi.

La deuxième exception, tirée de la parenté, est expressément prévue par l'article 728. N'est pas obligé de dénoncer le meurtre, l'héritier qui serait ascendant, descendant, conjoint, frère ou sœur, oncle ou tante, neveu ou nièce

ou allié à ces degrés de parenté, avec le meurtrier, et selon nous, avec le complice du meurtrier ¹.

On a reproché au législateur, la cause d'indignité que nous étudions, en prétendant qu'elle est immorale, parce qu'elle obligerait les parents de se dénoncer entre eux, sous peine de perdre leurs droits successoraux. Cela n'est vrai qu'en partie et indirectement. En effet il faut remarquer que les parents et alliés aux trois premiers degrés sont exemptés de cette obligation. A partir du 3^e degré les liens de parenté sont assez relâchés pour qu'on ne risque plus, en dénonçant, de mettre les intérêts aux prises avec le devoir. Mais cela peut néanmoins arriver indirectement. Primus meurt laissant deux fils, Secundus et Tertius, et un cousin Quartus. Secundus sait que Tertius est l'auteur du crime de leur père ; il ne le dénonce pas : la loi ne l'oblige pas : c'est son frère. Or, Quartus intervient pour faire déclarer Secundus indigne pour non dénonciation du meurtre. Celui-ci pour se défendre ne pourra que prouver qu'il se trouvait bien dans l'hypothèse de l'article 728, et dans ce cas il dénonce son frère : ou s'il ne veut pas le faire il sera destitué de sa qualité d'héritier. Voilà donc bien l'intérêt aux prises avec le devoir, et une loi qui n'évite pas de tels conflits est une mauvaise loi.

L'héritier qui se sera laissé ainsi destituer de ses droits, pourra néanmoins les reprendre s'il peut ensuite par la requête civile, prouver qu'il y a eu dol ou mauvaise foi de la part de son adversaire.

Le Code de Procédure Roumaine, n'ayant pas admis la

(1) Voyez *suprà*, p. 257.

requête civile, aucune voie de recours ne lui sera possible en Roumanie ¹.

c) *Délai pour dénoncer.* — La législation espagnole est la seule qui ait fixé un délai pour la dénonciation : il est d'un mois depuis que l'héritier aura appris la mort violente. Les Codes Français et Roumain, n'ayant pas prévu de délai, ce sera une question de fait laissée à l'appréciation souveraine des tribunaux du fond.

d) *Critique de cette cause d'indignité.* — Nous avons démontré que bien qu'apparemment la loi cherche à éviter le heurt entre les intérêts et le devoir de l'héritier, elle n'y a pas réussi. Cette cause mériterait d'être supprimée, et les législations postérieures ont bien fait de ne pas l'accepter. En effet, de deux choses l'une : si l'héritier appelé connaît le meurtre et le meurtrier, ou bien celui-ci est un de ses proches parents et alors la loi elle-même donne l'exemple de la dénonciation ou bien c'est un parent éloigné ou un étranger et alors la loi n'a pas besoin de lui en imposer l'obligation, il le dénoncera de lui-même. Et puis, avec l'organisation de la vie moderne, avec les moyens de communication et la publicité dont nous disposons, il sera bien difficile que la justice n'en soit pas informée. Et si cela n'est pas toujours, tant mieux. Il est des misères où il vaut mieux ne pas regarder. Il est des plaies qu'il vaut mieux ne pas toucher. L'ordre et la morale sont parfois à ce prix. C'est ce que la loi pénale a compris en admettant la prescription de l'action publique et la prescription des peines.

(1) Alexandresco III, p. 247.

II. — a) *Contrainte de faire ou de révoquer son testament*b) *Empêchement de faire ou de révoquer son testament*c) *Altération ou suppression de testament*

Ces causes d'indignité sont admises en Autriche, Italie, Portugal, Espagne, Allemagne, Suisse, Hongrie.

a) *Fait requis pour qu'il y ait indignité.* Il ne s'agit pas seulement de la contrainte physique, mais aussi de la contrainte morale. Tout moyen illicite, toutes manœuvres artificieuses et mensongères qui tendraient à un des effets que nous avons cités, provoquent l'indignité de leur auteur. Mais on n'est pas aussi rigoureux dans l'appréciation du dol, comme on l'est dans les contrats : il ne faut pas absolument qu'il y ait *dolus in causam contractui* ; il suffit d'un fait dolosif quelconque qui entamerait l'intégrité du défunt, parce que : *l'integrità del volere del decujus merita ben più riguardi dell' integrità dei diritti successori dicolui che la violeuza ha usato* ¹. On tiendra compte dans l'appréciation des faits, de l'âge, du sexe et de l'état de santé du *decujus* au moment où il aura subi la contrainte. La seule menace d'abandonner son époux malade, est suffisante.

Mais pour ce qui est de la suggestion et de la captation, tant que les moyens employés ne sont ni artificieux ni mensongers elles n'entraînent pas l'indignité : *Fanno esse dolce violeza* ².

Il n'est même pas nécessaire pour que l'indignité soit encourue, que l'auteur de la contrainte soit favorisé dans

(1) Mazzoni, *op. cit.*, p. 94, I. Coelho da Rocha, *op. cit.*, I, p. 236.

(2) Comp. Planck, V, art. 2239, al. 3.

le testament; on ne considère que le fait de violence : cela est nécessaire mais cela suffit.

Par altération ou suppression, on entend tout faux intellectuel ou matériel et tout divertissement du titre, soit testament soit pacte successoral, de même que l'utilisation à bon escient des actes falsifiés. Pour cette dernière cause il n'est pas nécessaire que le fait délictueux ait été accompli du vivant du *de cuius* ¹.

b) *Du cas où le testament est nul. — Critique du Code Allemand.* — Le Code Allemand est le seul qui prévoyant le cas où avant la dévolution de la succession, la disposition à la confection de laquelle le *de cuius* a été déterminé, ou relativement à laquelle l'acte punissable a été commis, est devenue inefficace, ou lorsque la disposition qu'il a déterminé à révoquer serait devenue inefficace, décide que l'auteur de la contrainte ne sera pas déclaré indigne. Les législations antérieures au Code Allemand qui prévoyaient l'indignité pour contrainte à faire ou révoquer ou empêchement à faire ou à révoquer, ne disposaient rien pour le cas auquel l'acte fait sous la contrainte est devenu nul avant la dévolution. Il en résultait que l'auteur de la contrainte n'en était pas moins indigne ². Les législations postérieures — le Code Suisse et le projet Hongrois — malgré que subissant l'influence allemande se refusèrent d'accepter sa solution pour le cas de nullité du testament. Et ce, avec parfaite raison. Le code allemand ne s'attache donc pas du tout — malgré

(1) Planck, *op. cit.*

(2) Mazzoni, *op. cit.*, p. 95.

qu'on en eut dit, ni à la volonté présumée du défunt ni à l'action coupable de l'héritier pour déclarer l'indignité mais au résultat final. Ce qu'elle veut, ce n'est donc qu'empêcher qu'il y ait gain illégalement acquis au détriment des héritiers légitimes, lorsqu'il s'agit de la contrainte à faire ou d'empêchement à révoquer, ou au détriment des héritiers testamentaires, lorsqu'il s'agit de la contrainte à révoquer ou de l'empêchement à faire. Elle ne se soucie guère de la volonté présumée du défunt qui a dû être d'écarter de sa succession celui qui avait abusé de lui; elle ne se soucie guère de punir l'audace malhonnête de l'héritier : mais d'un matérialisme exclusif et déconcertant, elle considère le résultat final : l'intérêt des héritiers. C'est eux qui sont protégés, et eux seuls. Et pourtant la solution allemande est juste dans son premier principe. Elle est juste et l'on doit l'appliquer dans les conventions onéreuses entre vifs.

Celui qui a contracté, à la suite d'un dol, de l'autre partie, ne peut avoir contre celle-ci aucune prétention si la convention est nulle avant son exécution et pour d'autres motifs que ceux qui découlent du dol.

Mais il ne doit pas en être de même dans les testaments. Le testament n'est pas une convention onéreuse où chacun lutte pour gagner davantage : c'est un acte de dernière volonté par laquelle le défunt offre gratuitement ses biens à certaines personnes. Celui qui intervient pour le contraindre dans une direction où il ne voudrait pas s'engager, ne mérite pas à recevoir des cadeaux de lui : le testament doit tomber, et lorsque l'auteur de la violence est un de ses héritiers légitimes, donc un de ses

proches, il ne mérite pas de lui succéder *ab intestat*. Qu'importe dès lors le résultat final. En punissant la contrainte, d'une peine — celle de l'indignité — la loi la considère comme un délit. Or en matière de délit peu importe — pour que la peine soit encourue — que le délit ait atteint ou non son but, dès qu'il a été consommé. Il y a plus, le délinquant est puni, lors même que le délit n'a pas été consommé, si ce défaut de consommation est dû à des circonstances indépendantes de sa volonté ¹.

c) *Critique du langage du Code Allemand*. — En dehors de cette grave dérogation aux principes fondamentaux en matière de délit, le langage du Code Allemand est incorrect.

On lit dans l'article 2339 : « celui qui à *dessein et d'une manière illégale* a donné ou tenté de donner la mort, et celui qui à *dessein et d'une manière illégale* a empêché le *de cujus* de faire ou de révoquer une disposition à cause de mort ». — Si l'on comprend que l'on puisse donner à quelqu'un la mort, à *dessein et d'une manière LÉGALE* — par exemple en cas de légitime défense ou d'ordre de l'autorité — on ne comprend guère comment on pourrait empêcher quelqu'un, à *dessein et d'une manière LÉGALE*, de faire ou de révoquer son testament. Car lorsqu'on déclare indigne celui qui se rend coupable de ces actions, à *dessein et d'une manière illégale*, c'est donc qu'on suppose qu'en les commettant à *dessein et d'une manière légale*, on ne serait pas indigne. Et si cette impossibilité était néanmoins possible, d'empêcher légalement quelqu'un de tester, quel besoin a-t-on de dire que ne sera indigne que celui qui aura agi d'une

(1) Voyez *suprà*, p. 254.

manière illégale. N'est ce pas là, un des principes les plus élémentaires du droit, et vaut-il vraiment la peine de le répéter avec une insistance obsédante à chaque pas? Combien simple et préférable n'est le langage du Code Italien : « celui qui l'aurait forcé à faire un testament » ; « celui qui l'aurait empêché de faire » etc. Ou celui du Code Portugais, ou encore celui du Code Espagnol. C'est bien à tort que le Code Suisse et le projet Hongrois ont copié le langage du Code Allemand¹.

III. — *La veuve qui se remarie*

La veuve qui se remarie pendant le délai de viduité est déclarée indigne de succéder à son premier mari. Nous ne connaissons pas le texte de loi sur lequel se fonde cette cause d'indignité mais un auteur qui mérite de la confiance nous la rapporte².

III. — *Causes qui constituent un attentat aux lois et aux bonnes mœurs*

I. — *Les parents qui abandonneraient leurs enfants, prostitueraient leur fille ou attenteraient à sa pudeur*

Le Code Espagnol est le seul qui édicte cette cause d'indignité. Mais le Code Autrichien vise aussi les cas de prostitution ou attentat à la pudeur, qui peuvent entrer dans la large expression dont il se sert : attentat à l'honneur.

Les articles 332, 334, 335, C. P. Fr., punissent les

(1) Voyez *suprà*, le Tableau des législations comparées, p. 246-247.

(2) Anders, *op. cit.*, p. 7.

parents qui ont excité ou favorisé habituellement à la débauche leur propre enfant ou qui ont attenté à sa pudeur. La loi du 7 décembre 1874 sur les enfants employés dans les professions ambulantes et la loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés, ont porté à leur tour des coups de hache formidables dans le vieil mur chinois — ou romain, ne vous en déplaise — de la puissance paternelle. Mais nous pensons que ces lois ne sont pas suffisantes. Elles ont laissé subsister le droit au respect et le droit aux aliments — car le droit d'usufruit est enlevé — et le droit de succession. Le premier n'a pas d'importance pratique ; passons. En faveur du second, on dit qu'il y a un motif d'humanité qui subsiste toujours, mais on oublie de nous dire s'il y a eu également motif d'humanité dans la conduite des parents. On ajoute que d'ailleurs le droit aux aliments dérive de la parenté : avec de tels arguments on risque fort de ne faire aucun progrès. Que ce droit dérive de ceci ou de cela, peu importe. Ce n'est pas à la cause d'un droit qu'on regarde lorsqu'il s'agit de punir un coupable. Et si l'on voulait juger ce qu'il y a de plus atroce entre le fait de livrer son propre enfant à la prostitution ou d'attenter à sa pudeur et le fait de voler ou de calomnier quelqu'un, il nous semble qu'on aura de la peine à ne pas se prononcer pour le premier. D'ailleurs on oublie tout à fait de motiver le maintien du droit successoral. Un fils qui n'a pas dénoncé le meurtre de son père serait-il plus indigne qu'un père qui aurait attenté à la pudeur de sa fille ou l'aurait livré à la débauche ? Pourquoi l'exclusion du premier et non pas aussi du second ?

La disposition du Code Espagnol est très équitable ; mais l'expression large du Code Autrichien nous semble préférable.

II. — *Le condamné judiciairement pour adultère*
« avec la femme du testateur »

Il est entendu que cette règle s'applique aussi au cas d'adultère commis avec la femme de celui qui est mort *intestat*, car le Code Espagnol, qui prévoit cette cause d'indignité, dispose dans son article 914, que les incapacités de succéder par testament sont applicables à la succession *ab intestat*.

A moins que ce ne soit une erreur de traduction — car les traducteurs renvoient à l'art. 756. al. 3, du C. Esp., que nous venons de citer.

L'article 1771 du Code Portugais se place à un tout autre point de vue : l'épouse adultère ne peut disposer par testament en faveur de son complice, lorsque la preuve de l'adultère a été faite en justice du vivant du testateur. Alors que le Code Espagnol s'occupe des rapports successoraux entre le condamné pour adultère et le conjoint de son complice, le Code Portugais s'occupe des rapports successoraux entre le condamné pour adultère et son complice lui-même.

La disposition du Code Espagnol est infiniment sage et mérite d'être suivie ; mais il n'en est pas de même de celle du Code Portugais. Le temps est passé où l'on empêchait la création des rapports légaux entre les complices de l'adultère. Il est prouvé maintenant que la morale gagne davantage à aider à leur faciliter l'union

légale. L'interdiction de se laisser la succession devrait disparaître.

Mais une autre question se pose sur l'article 1771 du Code Portugais ; si l'époux adultère ne peut disposer en faveur de son complice, il s'en suit que celui-ci ne peut succéder à celui-là par testament. Mais en sera-t-il de même de la succession *ab intestat* ? L'article 1978 dispose, il est vrai, que ceux qui sont incapables d'acquérir par testament sont également incapables d'acquérir par succession légitime, mais la rédaction de l'article 1771 diffère sensiblement des articles qui traitent de l'incapacité de succéder. La section II du chapitre II de la succession testamentaire, est intitulée : « De ceux qui peuvent tester et de ceux qui peuvent acquérir par testament ». Les articles 1763-1775 sont rédigés dans le sens de ceux qui ne peuvent pas tester ; et les articles 1776-1782 dans le sens de ceux qui ne peuvent acquérir. Or l'article 1771 fait partie du groupe d'articles qui traitent exclusivement de l'incapacité de tester, et est rédigé non pas dans le sens que le complice adultère ne peut acquérir, mais que l'époux adultère ne peut lui laisser. S'en suit-il que le complice ne pourra succéder *ab intestat* ? Nous ne le pensons pas en nous fondant sur la rédaction du texte et sur le principe que l'incapacité de tester au profit de certaines personnes, n'entraîne pas nécessairement l'incapacité pour ceux-ci de succéder à ceux-là, par succession *ab intestat*. Il en est ainsi dans le cas d'incapacité de tester au profit du notaire qui rédige l'acte, etc (art. 1772, C. C. Port.) et de toutes les incapacités relatives de tester en droit français.

§ IV. — DE LA MANIÈRE DONT OPÈRE L'INDIGNITÉ

Deux systèmes opposés divisent la doctrine. Plus sage, la jurisprudence se contente d'un seul. Un système de la doctrine — qui est l'unique système de la jurisprudence — considère l'indignité comme opérant de plein droit le jour de l'ouverture de la succession, à l'instar de la façon dont opère l'inexistence et l'incapacité; l'autre prétend qu'à la différence de ces derniers, l'indignité doit être « déclarée » — qui est un terme tout à fait impropre — on veut dire « décrétée » ou « attribuée ».

L'importance du débat porte sur le point de savoir si l'indignité produit des effets depuis l'ouverture de la succession ou depuis le jugement et quelles sont les personnes qui peuvent l'invoquer.

I. — *Système de l'indignité décrétée ou attribuée en justice*

On dit dans ce système que l'incapacité opère de plein droit mais que l'indignité doit être décrétée en justice. Et pour le soutenir on dit : 1° Il est inadmissible que l'indignité opère de plein droit, car dans un cas au moins, le troisième de l'article 727, il faut l'intervention de la justice. Or le législateur n'a pas pu vouloir admettre autant de manières d'opérer de l'indignité qu'il y a de causes; 2° la tradition est en ce sens; 3° le mot « exclu » de l'article 727 suppose plutôt l'expulsion qu'un obstacle à l'entrée; que donc il faut que le juge intervienne pour « déclarer¹ » l'indignité, sans quoi elle n'existerait pas.

(1) Demolombe, XIII, n. 276.

II. — *Système de l'indignité de plein droit*

On réplique dans ce système qu'au contraire l'indigné opère de plein droit et que s'il peut y avoir contestation, la justice ne fera que « constater » ou « déclarer » l'indignité.

III. — *Confusion de langage du premier système*

Avant de réfuter les arguments du premier système il convient d'éclaircir une confusion de termes qui pourrait faire attribuer à ses partisans une solution toute contraire de celle qu'ils souhaitent. Ils parlent de « déclaration de l'indignité » et « d'action en déclaration de l'indignité ». Or cela peut se concevoir dans le deuxième système seulement. En effet il y a des jugements qui « déclarent » ou « constatent » un droit ou un défaut de droit préexistant au jugement et des jugements qui « décrètent » ou « attribuent » des droits à l'avenir ou déchoient pour l'avenir des droits que l'on a. Or dans le système de l'indignité de plein droit, on soutient que l'indignité est préexistante : c'est dans ce système seulement qu'on peut dire que le jugement « déclare » ou « constate » l'indignité. Au contraire dans l'autre système on soutient que l'indignité n'existe que depuis le jugement, qu'antérieurement au jugement l'héritier était saisi, et que le jugement à l'effet de le faire déchoir pour l'avenir de ce droit ; donc le jugement, dans ce système « décrète » ou « attribue » l'indignité.

IV. — *Critique du premier système*

1° Le premier argument repose sur une confusion. Il y aura intervention de la justice aussi bien dans les deux

premiers cas de l'article 727 que dans le troisième, car il y a intervention judiciaire toutes les fois qu'il y a une contestation.

C'est autre chose que de savoir quel sera l'effet du jugement.

Or, on soutient dans le premier système qu'on ne saurait dire de l'héritier qui aura appris le meurtre du défunt, quelques mois après l'ouverture et qui ne l'aura pas dénoncé, qu'il a été indigne du jour même de l'ouverture, puisque décider autrement ce serait admettre que l'effet soit antérieur à la cause.

A cela on répond que si l'héritier est indigne pour n'avoir pas dénoncé le meurtre, c'est parce que la loi, suppose que ne le dénonçant pas, l'héritier témoigne d'un défaut d'affection pour le défunt. Or, si l'héritier n'a pas dénoncé le meurtre quand il l'a appris, il ne l'aurait pas dénoncé non plus s'il l'avait appris le jour de l'ouverture. Ce n'est donc que la manifestation de ce manque d'affection qui se produit postérieurement¹.

On objecte encore que l'indignité est une peine, et on ne saurait punir avant que l'on ait commis l'infraction. Cela est vrai : mais il faut encore savoir de quelle peine il s'agit.

L'indignité est une peine civile dont l'unique effet est d'exclure de la succession.

Il n'y a pas grand danger à ce que le jugement soit rétroactif.

D'ailleurs si désagréable que ce soit, dans ce cas

(1) Laurent, IX, n. 16.

l'interprète doit interpréter la loi et non pas la faire.

2° Pour ce qui est de l'argument que les adversaires tirent de la tradition, il n'est pas sûr du tout que la tradition ait été en faveur d'une dignité n'opérant que sur jugement, car les textes qu'on invoque sont confus¹. Et, en fût-il ainsi, que cela ne prouverait rien. Car et en droit romain et dans l'ancien droit le nombre des causes d'indignité était illimité : c'étaient donc les juges du fait qui décidaient souverainement. Or il n'en est plus du tout ainsi en droit moderne. Les causes sont limitées, les termes précis. La justice ne doit faire, lorsque son intervention est requise, qu'examiner si l'héritier se trouve ou non dans un des cas prévus par la loi : s'il se trouve dans un de ces cas, elle se borne à reconnaître l'existence de l'indignité. Elle ne peut pas attribuer la qualité d'indigne, puisqu'elle n'a plus le pouvoir d'appréciation. Son rôle se borne à vérifier les faits.

3° Le terme « *exclu* » dont se sert la loi, dans l'article 727, en parlant de l'indignité de l'héritier implique plutôt disent les adversaires de l'indignité de plein droit, l'idée d'une *expulsion*, que celle d'un *obstacle à l'entrée*². Cela ne prouve rien réplique Laurent³, et d'ailleurs Domat disait que les exclus sont incapables de succéder. S'il s'agit de l'idée qu'évoque le mot « exclu » a-t-on dit, il évoquerait plutôt l'idée de *impuissance à succéder*⁴.

(1) Laurent, IX, n. 16; Baudry et Wahl, I, n.

(2) Démante, III, n. 34 *bis*, cité par Demolombe, XIII, n. 276.

(3) Laurent, IX, n. 13.

(4) Baudry et Wahl, I, n. 260.

V. — *Argument nouveau en faveur de l'indignité opérant de plein droit*

Nous estimons que tous ces arguments sont vains, et qu'ils ne mériteraient pas de réplique. Il n'y en a qu'un seul à retenir : le sens du mot « *exclu* ». Tout se réduit à cela. A-t-il une signification préventive ou répressive. Si elle est préventive, l'indignité opère de plein droit ; l'indigne n'a jamais eu de saisine ; s'il a appréhendé des objets de la succession il a eu tort : il a été de mauvaise foi. Si, au contraire, elle est répressive, il a été héritier, il a eu la saisine, il a été de bonne foi, c'est le jugement prononcé qui le destitue de ces droits, qui lui attribuent à l'avenir la qualité d'indigne.

Or, les auteurs ont interprété le mot « *exclu* », chacun selon son imagination. C'est un tort. Pour être si grand jurisconsulte on peut n'être pas un bon lexicologue. Lorsqu'il s'agit de fixer le sens d'un mot ce n'est pas à son imagination qu'il faut s'adresser mais d'abord à la loi elle-même : chercher si elle n'emploie pas ailleurs le mot dont on veut préciser le sens ; et à défaut de succès on s'adresse au dictionnaire. Procédons inversement et allons consulter un dictionnaire. Prenons Larousse ou Bescherelle par exemple — pour ne pas troubler le calme auguste de nos immortels — et ouvrons-le au mot *exclure*. Nous allons apprendre à notre grande surprise qu'*exclure* veut dire et l'une et l'autre. Et dire qu'il n'y a des controverses qu'en droit et que ce n'est qu'en matière de justice que les choses les plus contraires voisinent, sans que Dame Justice s'en trouve mal. Peut-être se trouve-t-elle de trop, qu'elle n'ose le dire.

Nous lisons : **EXCLURE** (èks-klu-re) v. a. (lat. *excludere*. Se conj. comme *conclure*), *empêcher d'être admis dans une assemblée, dans une société*. Repousser, retrancher, *expulser*. Par conséquent on peut penser d'un invité exclu — dans l'espèce invité à partager la succession — qu'il a été mis à la porte, ce qui n'est pas galant parce que selon l'Évangile il n'y a que ceux qui n'ont pas été invités qui ne trouvent pas de chaise, mais ce qui se fait tout de même ; et on peut aussi bien penser qu'on lui a fermé la porte au nez — pardonnez-moi l'expression — ce qui serait certainement moins galant, mais ce qui parfois est certainement plus commode.

Mais nous avons dit que c'est à la loi elle-même qu'il faut s'adresser pour connaître le sens précis d'un mot. Relisons, d'abord, l'art. 727 : Sont indignes de succéder et comme tels *exclus* de la succession.

Ouvrons maintenant le Code Civil, au livre des personnes, titre X de la *Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation*, Chapitre II de la Tutelle, Section VIII de l'*Incapacité, des exclusions et des destitutions de la Tutelle* ». Nous y voilà.

Art. 442. — « Ne peuvent être tuteurs ni membres des conseils de familles ; 1° Les mineurs excepté le père ou la mère ; 2° Les interdits ; 3° Les femmes autres que la mère et les ascendantes, (L. 2 juillet 1907) sauf en ce qui concerne la tutelle des enfants naturels ; 4° Tous ceux qui ont ou dont les père et mère ont avec le mineur un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune, ou une partie notable de ses biens, sont compromis.

Art. 443. — La condamnation à une peine afflictive ou infamante emporte de plein droit *l'exclusion de la tutelle*. Il emporte de même la *DESTITUTION* dans le cas où il s'agirait d'une tutelle antérieurement *déférée*.

Art 444. — Sont aussi *exclus* de la tutelle et même *destituables*

s'ils sont en exercice ; 1° Les gens d'une conduite notoire ; 2° Ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité.

Faut-il apporter d'autres textes pour prouver que « *exclure* » veut dire « empêcher d'acquérir ». Lisez l'art. 741 de la représentation... « le plus proche dans chacune des deux lignes *exclut* toujours le plus éloigné ». Et l'art. 1498 C. C. : Lorsque les époux stipulent qu'il n'y aura entre eux qu'une communauté d'acquêts. *ils sont censés exclure de la communauté*...

Et aussi L. III. T. V, II^e partie § II. De la clause qui *exclut* de la communauté.

C. C. art. 1500. Les époux peuvent *exclure de leur communauté*.

Et L. IV, T. V, II^e partie, S. IX. *Des conventions exclusives de communauté*.

Et le Code Pénal, art. 34 : La dégradation civile consiste : 1° Dans la *destitution* et l'*exclusion* des condamnés de toutes fonctions...

Faut-il encore des commentaires pour faire voir la différence qu'il y a entre : incapacité, exclusion et destitution ? L'incapacité est fondée sur des motifs qui n'ont rien de désobligeant pour celui qui en est atteint ; l'exclusion est fondée sur des motifs d'ordre pénal qui supposent une faute grave commise par celui qu'elle frappe ; la destitution suppose que les faits qui motiveraient l'exclusion, s'ils eussent été accomplis avant l'entrée dans la tutelle, ont été commis pendant son exercice.

Il y a opposition formelle entre l'incapacité et l'exclusion quant aux motifs et au principe sur lesquels chacune d'elle repose ; il y a identité formelle quant à la manière d'opérer :

l'une et l'autre empêchent l'acquisition de la tutelle. Au contraire il y a identité de motifs et de principe entre l'exclusion et la destitution ; ce qu'il y a d'opposé c'est la manière d'opérer : la première empêche d'acquérir la tutelle, la seconde la fait perdre.

Législations étrangères. — Dans un premier groupe : Autriche, Italie, Portugal, l'indignité étant assimilée à l'incapacité il s'en suit qu'elle opère de plein droit. Dans un deuxième groupe : Allemagne, il faut une action en justice pour arguer en nullité l'acquisition de la succession et l'indignité n'a d'effet que le jugement a acquis autorité de chose jugée ¹ (C. C. all. art. 2340, 2343). Dans le code Espagnol ni l'incapacité, ni l'indignité n'opèrent de plein droit. L'art. 762 institue une action en déclaration d'incapacité ou indignité qui dure 5 ans.

Troisième groupe. — Les Codes Roumain et Suisse ignorent la question. On peut leur appliquer tout ce que nous avons dit du code français.

§ V. — DE L'ACTION EN INDIGNITÉ

I. - Tribunal compétent pour connaître de l'indignité

Ce peut être aussi bien le Tribunal civil que le Tribunal pénal devant lequel on juge l'action publique, car la demande civile d'indignité rentre dans le cas prévu par

(1) Binder, *op. cit.*, I, p. 72. Cet auteur soutient — avec raison — que la dignité n'est pas une condition d'acquisition du patrimoine : cela est parfaitement exact car l'indigne n'est pas exclu en droit allemand : le seul effet de l'indignité c'est de permettre à qui de droit de le faire échouer. — Il n'en est pas de même en droit français, — nous l'avons suffisamment démontré — où l'héritier est exclu, et ne peut donc pas acquérir la succession à aucun moment.

les art. 1 et 3 C. Instr. Cr. ¹. On a néanmoins soutenu le contraire. L'al. 2 de l'art. 1 C. Instr. C. attribue au Tribunal Correctionnel : l'action en réparation du dommage causé par un crime, par un délit ou par une contravention, action qui peut être intentée par tous ceux qui ont souffert du dommage. Or, est-ce que les héritiers n'ont pas souffert un dommage par la mort du *de cuius* ; la calomnie de celui-ci n'a-t-elle pas déjà rejailli sur eux ; la non dénonciation du meurtre ne peut-elle laisser un doute déshonorant sur les circonstances de la mort ?

Le tribunal compétent sera celui de l'ouverture de la succession, qu'il y ait ou non partage, car c'est ce tribunal qui est compétent pour toute demande entre cohéritiers conformément à l'article 59, C. Fr. ². Mais on pourrait aussi bien s'adresser au tribunal du domicile du défendeur.

II. — *Personnes qui peuvent provoquer le jugement d'indignité*

La loi n'ayant pas prévu la question, on décide que tous les intéressés peuvent agir, tant les cohéritiers de l'indigne, que les héritiers subséquents ou leurs créanciers, que les créanciers ou débiteurs de la succession, les donataires ou légataires. L'indignité déclarée peut être invoquée par tout le monde, même ceux qui n'ont pas été parties aux procès.

Le Code civil Allemand donne la même solution dans l'article 2841. Les autres législations sont muettes.

(1) Demolombe, XIII, n. 288.

(2) Baudry et Wahl, n. 263.

III. — *Personnes contre qui on peut poursuivre l'action en indignité*

La question se pose, bien entendu, pour les héritiers de l'indigne¹. Dans le système que nous avons admis, de l'indignité opérant de plein droit, il va de soi, que l'action pourra être intentée entre les héritiers de l'indigne, car l'indignité se produisant de plein droit le jour de l'ouverture, l'indigne n'a jamais été héritier et n'a donc rien pu transmettre à ses héritiers.

Mais, a-t-on objecté, si l'indignité est une peine, il faut se souvenir que l'art. 2, al. 1, C. Instr. Cr., décide que l'action pénale s'éteint par la mort du prévenu. On a, justement, répondu à cela, que l'indignité n'est pas une peine proprement dite ; que c'est plutôt la déchéance d'un droit qu'une peine, et que dès lors, c'est autre chose que de prononcer une peine contre les héritiers du prévenu que de leur faire subir les conséquences d'une déchéance encourue par leur auteur².

D'ailleurs, pour nous qui avons soutenu que l'action en indignité rentrait dans le cadre de l'action civile en dommages-intérêts, prévue par le Code d'Inst. Cr., nous nous servirons encore de cet autre argument, que l'art. 2, al. 1 du C. Instr. Cr., fait éteindre l'action publique par la mort du prévenu, mais l'alinéa 2 du même article permet l'exer-

(1) Nous supposons ici le cas où l'indigne a survécu à l'ouverture de la succession de sa victime. Au cas où il est prédécédé il ne s'agit plus de poursuivre en indignité contre ses héritiers, mais de savoir si ceux-ci peuvent le représenter — nous admettons l'affirmative. — Voyez, *infra*, p.

(2) Baudry et Wahl, ¹I, n. 269.

cice de l'action civile pour la réparation du dommage, contre les représentants du prévenu.

On a encore argumenté, pour soutenir l'intransmissibilité de l'action en indignité contre les héritiers de l'indigne de l'article 937 qui défend la poursuite de la révocation pour ingratitude contre les héritiers de l'ingrat.

Mais on oublie, que si ces deux articles 727 et 937 ont une certaine parenté parce qu'ils visent le même résultat, qui est la punition du coupable, il y a aussi de notables différences. L'un concerne la succession *ab intestat*, l'autre les donations et les testaments ; l'un oblige l'indigne à rendre les fruits du jour de la succession (729, ; l'autre ne l'oblige que du jour de la demande (938).

IV. — *De la prescription de l'action en indignité*

On est d'accord pour décider que l'on peut intenter l'action dès le jour de l'ouverture de la succession. Quant à la durée de la prescription, à défaut de texte spécial, on est obligé d'admettre la prescription trentenaire ; la prescription courra dans les deux premiers cas de l'article 727 depuis l'ouverture ou depuis que l'héritier a acquis la vocation à la succession ; dans le troisième depuis le jour où l'héritier a eu connaissance du meurtre

En Espagne, l'action en indignité ne peut être intentée que cinq ans après le moment où l'indigne est entré en possession de la succession (art. 762).

En Allemagne, elle ne peut avoir lieu que dans une année depuis le jour où l'intéressé a connu l'existence de la cause d'indignité (C. C. All. art. 2340 et 2082).

§ VI. — EFFETS DE L'INDIGNITÉ

I. — *A l'égard de l'indigne*

L'indigne est exclu de la succession de sa victime, mais de cette succession seulement. Il perd même son droit à la réserve¹. L'indignité se produisant de plein droit, l'indigne n'a pas de saisine, ne peut rien posséder ni acquérir de la succession à titre d'héritier. S'il l'a néanmoins appréhendé, il sera de mauvaise foi. Et cela même, si, dans l'hypothèse du 3^e alinéa de l'article 707, il n'aura acquis connaissance du meurtre qu'il n'a dénoncé, que postérieurement à l'ouverture de la succession.

Mais l'indigne pourra recevoir de sa victime par testament ; il pourra acquérir indirectement les biens venant du défunt, par succession à un des héritiers qui sont venus à sa place. Pour ce qui est de son droit de représenter le défunt dans une succession ouverte au profit de celui-ci, nous nous expliquerons plus loin.

II. — *A l'égard des autres héritiers*

L'indigne ne peut donc toucher à la succession : il n'a ni titre ni bonne foi. Il doit rendre les fruits, (article 729), perçus depuis le jour de l'ouverture, ce qui prouve que la loi le présume de mauvaise foi. Il rendra même les inté-

(1) Dans le code C. Espagnol, l'indigne ne perd la réserve que dans le cas de meurtre ou tentative de meurtre. — Dans les autres cas d'indignité il conserve la réserve. — C. C. Esp. art. 756, al. 62. — Cette distinction est arbitraire. Le code civil allemand a eu tort de l'accepter (art. 2339.) Les législations postérieures ont bien fait de répudier cette distinction.

rêts des capitaux qu'il aura négligé de placer¹. Mais dans une doctrine on ne l'oblige aux intérêts que depuis le jour de la demande. S'il a possédé en fait la succession il est considéré comme un administrateur et devra en rendre compte ; mais il répondra de la faute la plus légère car il est de mauvaise foi. Au cas où il avait vendu des immeubles appartenant à la succession, il en répondra le prix si le prix est supérieur à la valeur de l'immeuble et inversement il répondra de la valeur de l'immeuble si le prix était inférieur. Il est bien entendu qu'on lui remboursera les dépenses nécessaires ; qu'il reprendra le rapport qu'il a pu faire ; qu'il peut réclamer à la succession les créances éteintes par confusion.

Quant aux droits dont il est déchu, ils passent à ses cohéritiers ou, s'il était seul, à l'héritier du degré subséquent, et généralement à tous ceux qui ont droit à la succession à son défaut. Les donataires et légataires en profiteront indirectement car si les héritiers qui viennent à sa place ont une réserve moindre ou n'ont pas de réserve, ils pourront échapper à la réduction.

Les mêmes règles s'appliquent en droit Allemand (C. All., art. 2344) qui est le seul qui réglemente l'indignité.

III. — *A l'égard des tiers.*

Il s'agit des tiers qui ont traité avec l'indigne avant que le jugement soit intervenu, donc à une époque où ils ignoraient qu'il y avait cas d'indignité.

L'indignité étant assimilée à l'incapacité, quant à la

(1) Laurent, IX, n. 24 ; Baudry et Wahl, 1, n. 278.

manière d'opérer, nous appliquerons la même règle : L'indigne n'a jamais été héritier, il a été de mauvaise foi, t oute qu'il aura fait est nul. La solution est pénible pour le 3^e cas de l'article 727 mais il faut nous soumettre à la loi¹. Heureusement ce cas ne s'est jamais présenté en pratique. Un parti de la doctrine — le plus nombreux — considère l'indigne comme de bonne foi à l'égard des tiers jusqu'au jugement d'indignité de façon à ce qu'on puisse maintenir les actes antérieurs

Cette solution s'appuie sur l'article 729 par un argument *a contrario*, de ce que l'indigne n'est tenu rétroactivement que de rendre les fruits de la succession. C'est donc, dit-on, qu'elle n'opère pas de la même manière à l'égard des tiers Enfin on ajoute que l'indignité étant une peine, elle ne doit pas rejaillir sur les tiers.

D'autres auteurs, proposent de distinguer suivant que le tiers a été ou non de bonne foi. Cette distinction n'est nullement fondée. Il ne s'agit pas de la bonne foi du tiers mais de la capacité de l'indigne.

IV. — A l'égard des enfants de l'indigne.

L'article 730 décide que les enfants du coupable peuvent succéder à sa victime, s'ils y sont appelés de leur propre chef et sans le secours de la représentation. L'ancien droit ne le leur permettait jamais. Mais l'idée qu'il est inique de faire souffrir les enfants de la faute de leur père a finalement triomphé. Cependant on discute à l'effet de savoir si les enfants peuvent représenter l'indigne dans la succes-

(1) Laurent, IX, n. 27 et 29 ; Demolombe, XII, n. 310 et 311 ; Huc, V, n. 50 ; Baudry et Wahl, I, n. 286.

sion de sa victime. Nous y reviendrons. Nous savons que l'indigne peut acquérir indirectement les biens du *de cuius* par exemple en succédant à un de ses enfants qui a recueilli les biens du *de cuius* à la succession duquel il a été appelé de son propre chef. Mais l'indigne ne peut pas avoir l'usufruit de ces biens si son enfant, qui a succédé, est mineur et vivant.

§ VII. — DU PARDON EN MATIÈRE D'INDIGNITÉ.

I. — *Le pardon n'efface pas l'indignité.*

La question ne se pose pas pour le 3^e cas de l'art. 727 qui suppose un fait qui s'est produit après le décès du *de cuius*. Elle ne se pose pas non plus s'il n'y a pas eu condamnation ou si le *de cuius* est mort peu après, dans les deux premiers cas de l'article 727.

Mais si dans ces deux cas, un temps assez long s'est écoulé depuis la condamnation jusqu'à la mort du *de cuius* et si dans l'intervalle, celui-ci a donné des preuves manifestes de réconciliation et de pardon, le coupable sera-t-il néanmoins considéré comme indigne, ou bien cette réconciliation devra-t-elle être jugée comme un désir du défunt à l'effet de lui permettre de succéder et d'effacer l'indignité?

Il est certain, d'abord, que si le défunt l'a institué dans son testament il pourra lui succéder en vertu de ce testament. Mais s'il a aussi des droits *ab intestat*? Supposons — pour en bien saisir l'importance — que Primus avait deux fils, dont un s'est rendu coupable d'un des faits qui entraînent l'indignité. Depuis, père et fils se sont reconci-

liés, et le père fait un testament où il laisse tout le disponible à ses deux enfants. L'enfant coupable aura-t-il droit à sa réserve ou non ?

Dans un système — auquel s'est rallié la plus grande partie de la doctrine — il n'aura aucun droit à la réserve, le pardon du défunt ne peut effacer l'indignité, soit parce que l'hérédité *ab intestat* est déférée par la loi et non pas par le *de cujus*, celui-ci ne pourrait donc modifier une disposition de la loi, sans en avoir reçu autorisation expresse ¹, soit parce que l'*indignité est d'ordre public* et que les particuliers ne peuvent y déroger ; soit que ce serait contraire à la prohibition des pactes sur succession future (C. C., art. 991, 1030, 1389).

Dans un système contraire que nous croyons préférable — et qui est admis généralement par ceux qui soutiennent que l'indignité n'opère pas de plein droit — on décide que le pardon du défunt efface l'indignité.

II. — *Réfutation* ²

Sur le premier motif : il est inexact de dire que c'est la loi qui défère la succession *ab intestat*. Ce que la loi a fait en organisant la succession *ab intestat*, n'a pas été — nous l'avons démontré dans notre première partie — de se rendre maître du patrimoine du défunt et d'en disposer comme il lui plaira. Elle n'a fait que se substituer au *de*

(1) Laurent, IX, n. 9.

(2) L'ancien droit permettait le pardon, qui était présumé lorsqu'un temps considérable s'est passé depuis que le *de cujus* a eu connaissance de la cause d'indignité sans avoir exhéredé le coupable (Pothier, *Tr. des succ.* ch. I, art. IV, Ch. VI, § II.)

cujus, décider pour lui. Ce n'est donc pas elle qui transmet la succession *ab intestat*, c'est le défunt.

Or le défunt ayant expressément manifesté le pardon, a voulu implicitement lui laisser ses biens. Quant à la seconde partie du premier motif, qu'il faut une autorisation expresse pour déroger à ce que la loi a établi, non pas seulement comme nous venons de le dire la loi n'a pas à donner d'autorisation puisqu'elle laisse décider le défunt, mais si on veut à tout prix cette autorisation, n'existe-t-elle pas par le droit donné au défunt de disposer par testament même au profit de l'indigne. Si la loi voulait poursuivre l'indignité jusqu'à ne pas permettre le pardon, ce qu'elle aurait du faire, c'était d'interdire le testament au profit de ceux qui se sont rendus coupables d'un des faits qui constituent l'indignité. Mais tant que la loi ne l'a pas fait et qu'elle permet au défunt de lui laisser ses biens par testament, on ne voit guère pourquoi on ne pouvait les lui laisser par succession *ab intestat*.

Sur le deuxième motif, il est foncièrement inexact que l'indignité est d'ordre public et que donc les parties ne peuvent y déroger.

D'abord les parties peuvent y déroger, puisque tout le monde reconnaît au défunt le droit de tester au profit du coupable. Et si les parties peuvent y déroger, en relevant l'indigne par testament, c'est donc que l'indignité n'est pas d'ordre public. Nous avons d'ailleurs démontré qu'il n'y a rien de public dans la succession *ab intestat*, que l'institution de la réserve.

Sur le troisième motif : il n'existe aucun rapport entre les pactes sur succession future et le pardon donné à l'in-

digne. Affirmer le contraire c'est méconnaître le sens du pacte sur succession future et les motifs pour lesquels ils sont prohibés. En effet, les pactes sur succession future sont prohibés pour un double motif : l'immoralité de spéculer sur la mort d'une personne vivante et le danger que pourrait présenter pour les parties une convention dont les effets peuvent être très lointains.

Or, peut-on, vraiment, dire qu'il y a immoralité et danger dans le pardon donné à l'indigne. Il n'y a ni immoralité, ni danger parce qu'on ne spéculé en rien sur la mort du *de cujus*, parce qu'on ne crée ni ne renonce à un droit successoral, mais on maintient et raffermi un droit existant à l'état éventuel, s'il n'y avait pas eu cas d'indignité. Or qu'est-ce qu'un pacte sur succession future : c'est un pacte qui tend à créer en faveur de quelqu'un — autrement que par un testament — un droit successoral qu'il n'a pas de par la loi ; ou, au contraire, à lui enlever un droit successoral qu'il détient de par la loi. Il n'est rien de pareil dans le pardon donné à l'indigne.

Ne pas admettre que le pardon puisse effacer l'indignité, c'est commettre une violation de la volonté du défunt. Une loi qui ne permettrait pas au père de pardonner à son fils et qui transmettrait sa succession à un parent du 12^e degré c'était une loi qui donnerait l'exemple le plus saisissant de vengeance, de haine, de cruauté et d'immoralité, à moins qu'on admette, avec un auteur, que le pardon n'impliquerait pas le désir de lui laisser les biens « car il peut avoir pardonné uniquement pour satisfaire au précepte de l'Évangile ¹ ».

(1) Huc V, n. 50.

Tant de fiel entre-t-il dans l'âme des dévôts?

Car le pardon ainsi compris c'est de l'hypocrisie. Ou bien il y a pardon ou bien il n'y en a pas. Nous avouons — pour notre honte — que nous ignorons ce que c'est que « pardonner uniquement pour satisfaire au précepte de l'Évangile » mais nous ne pensons pas que lorsque le crucifié de Golgotha avait dit: « Pardonnez-leur, mon père, ils ne savent pas ce qu'ils font » il l'ait entendu autrement que du pardon qui efface tout.

Législations étrangères. — Dans un groupe, le défunt pouvait pardonner, et l'indigne sera admis à lui succéder. Aucune condition de forme n'est acquise. — Le juge appréciera selon les circonstances (C. Autr. art. 340, C.C. all. art. 2343 ; C.C. Suisse, art. 540 ; Projet Hongrois, art. 1795 *in fine*).

Deuxième groupe. — Dans le groupe entre le Code Italien (art. 726) et Espagnol (art. 757) qui réclament, pour qu'il y ait pardon, un acte authentique ou un testament.

CHAPITRE IV

DE LA REPRÉSENTATION

§ 1. — NOTIONS GÉNÉRALES

Le droit de succession étant un droit éventuel, qui ne se réalise qu'autant que celui à qui il est conféré sera vivant le jour du décès du *de cujus*, il s'en suit que si le successible venait à mourir avant le *de cujus*, le droit éventuel ne se sera pas réalisé. N'ayant pas eu de droit, le successible n'aura rien transmis à ses propres héritiers. Cela est très clair : c'est l'application normale des principes.

Mais néanmoins des législateurs ont éprouvé le besoin de le dire. C'est le cas, par exemple, du code Autrichien, qui dans son art. 536 décide que si l'héritier présomptif est mort avant celui à qui il devait succéder il n'a pu transférer le droit éventuel d'hérédité à ses propres héritiers.

1) Les auteurs étudient généralement en premier lieu la parenté et les ordres de succession et ne parlent qu'ensuite de la Représentation. — Mais tant à cause de l'étendue que requiert l'étude de la Représentation qu'à cause de la disposition de nos tableaux de législation comparée, nous avons préféré suivre l'ordre adopté par M. Planiol (III, p. 532).

Appliqué dans toute sa rigueur, ce principe aurait conduit à des résultats choquants. Les petits-fils d'un fils prédécédé, en concours avec leur oncle, avaient été écartés de la succession de leur aïeul. C'eût été visiblement aller contre la volonté du défunt et aussi contre la justice. Les admettre simplement à la succession en concours avec le fils survivant, eût été aussi choquant et aussi inique. Le dernier aurait vu diminuer sa portion héréditaire par l'effet du prédécès de son frère si celui-ci laissait deux ou plusieurs descendants.

Aussi, dès l'ancien droit, on permit aux descendants de certains successibles prédécédés, de venir à la succession du *de cujus*, non de leur chef, mais du chef du prédécédé. On les faisait — à cet effet, — monter du degré où ils se trouvaient sur la ligne de parenté, dans le degré du successible prédécédé, afin d'occuper la place et le degré que celui-ci occupait dans la famille du *de cujus* et recueillir la portion de biens qui lui était primitivement destinée.

Il y a donc deux modes de succéder. On peut succéder de son chef, quand on vient à une succession parce qu'on y est appelé à défaut de successible préférable et succéder par représentation, quand on vient à une succession à laquelle on n'est pas appelé parce qu'il y a d'autres successibles qui sont préférables, mais à laquelle on vient néanmoins par représentation d'un successible prédécédé.

§ II. — HISTORIQUE

DROIT ROMAIN. — Le droit romain connaissait déjà la représentation. Des idées d'équité l'avaient fait admettre en

ligne descendante à l'infini. Mais là se borna la représentation dans le jus civile. Plus tard, Justinien étendit la portée de la règle aux enfants de frères et sœurs.

Le droit romain connut deux institutions semblables qui toutes deux se rapportent à la représentation : ce sont la *successio in stirpes* et la *successio in locum*. La première était seule connue du droit civil et passa dans la Nouvelle 118. La seconde est une institution de droit prétorien.

La première recevait application lorsque *dans le degré* appelé à la succession il se trouvait *un vide*. Dans ce cas, on partait à la rencontre d'un héritier du degré subséquent, descendant de l'héritier dont la place était vide par suite du prédécès et on lui faisait prendre la place de celui-ci.

La *successio in locum* recevait application lorsque *tout le degré* appelé était vacant. Le préteur donnait alors une *bonorum possessio* aux héritiers du degré subséquent ou de l'ordre suivant.

Il y avait donc *successio in stirpes* lorsqu'un fils venait à la succession en concours avec des petits-fils d'un fils prédécédé ; il y avait, au contraire, *successio in locum* lorsque tous les fils étant prédécédés, la succession était dévolue au degré subséquent, composé seulement de petits-fils, ou, à leur défaut, aux héritiers du second ordre.

Mais l'analogie de ces deux institutions a eu pour résultat de faire disparaître la *successio in locum* ; la *successio in stirpes* fut seule maintenue.

Une controverse justement célèbre s'est élevée — et elle s'est élevée même en droit moderne — à l'effet de savoir si, au cas de *successio in locum*, les petits neveux

viennent toujours par représentation ou de leur chef, donc s'il y a lieu au partage par souche ou au partage par tête. On voit l'importance considérable que la question présente au point de vue des droits successoraux des différentes souches. Primus a laissé un fils. Secundus en a laissé trois. Si ceux-ci sont censés venir par représentation, ils partagent par souche; donc, les trois fils de Secundus prendront 50 qu'ils partageront entre eux, et l'unique fils de Primus prendra également 50 à lui tout seul. Si au contraire on admet qu'ils viennent de leur chef, on partagera toute la succession par têtes, soit quatre têtes, donc le fils de Primus ne prendra que 25.

Cette dernière solution est seule conforme à l'institution de la représentation, mais ce n'est pas celle que le Code a consacré et qui a mis les art. 730 et 740 al. 2 in fine dans la contradiction la plus flagrante que l'on puisse s'imaginer. C'est également cette solution que donnent généralement les interprètes de la Novelle 118¹. Il s'en suivait donc qu'une fois le principe de la représentation admis — et contrairement à ce principe — la succession n'était plus dévolue aux individus mais aux collectivités.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS. — L'ancien droit français n'admit pas la représentation de bonne heure. Primitivement, chez les Francs, l'oncle était préféré au neveu² à cause de la proximité du degré. Mais dès l'an 596, les Bourgondes et les Visigoths admirent la représentation.

Les pays du midi adoptèrent, en matière de représen-

(1) Ortolan, *op. cit.*, I, n. 1003.

(2) Viollot, *op. cit.*, p. 833-834.

tation, le système des Novelles. Mais ce ne fut qu'à partir du ^{xiii}^e siècle que la représentation se développa ¹.

Dans les pays de coutume, on pratiquait le *rappel à succession*, qui était un droit de représentation accordé par le défunt dans son testament ou dans un autre acte, aux descendants d'un fils prédécédé. — La représentation sur rappel était plus large que celle des pays de droit écrit, dans ce sens que ce n'étaient pas seulement les descendants qui pouvaient représenter mais que le défunt pouvait accorder ce droit même à des collatéraux.

Le rappel s'appelait *intra terminos juris* lorsqu'il était fait en faveur des descendants et *extra terminos juris*, lorsqu'il était fait au profit d'autres personnes.

Malgré la simplicité et l'équité du principe, l'institution de la représentation ne s'introduisit pas facilement. La coutume de Paris l'ignore et jusqu'en 1580 et celle d'Orléans jusqu'en 1853 ².

Mais la conception a changé. — La représentation n'est plus, comme à Rome, une succession déferée aux souches, mais une fiction légale dont le but est de supprimer l'inégalité des degrés et qu'on appelle *représentation à fin de succéder* ³. — C'est là, la représentation proprement dite, la *successio in stirpes* des Romains.

Une application rigoureuse de cette conception devait conduire au partage par tête toutes les fois qu'il y avait *successio in locum*. Mais cela eût été contraire à l'équité et à la solidarité familiale. Aussi on admit dans cette

(1) Viollet, *op. cit.*, p. 835.

(2) *Ibid.*, *loc. cit.*

(3) Pothier, *Tr. des succ.*, ch. II, s. I, art. I.

hypothèse *une représentation à fin de partager*, sans y rien voir d'anormal. Pothier ne l'explique pas juridiquement; il constate son existence et en donne les motifs pratiques. « Il y a *une espèce* de représentation — écrit-il — qui n'a d'autre effet que de faire partager la succession par souches et non par personnes¹. »

Malgré la lenteur évidente avec laquelle l'institution avait pénétré dans les coutumes, la loi du 17 nivôse an II la consacre non seulement pour les descendants et non pas seulement — comme il en était anciennement — pour les enfants de frères et sœurs, mais à l'infini, tant pour les descendants directs qu'en ligne collatérale.

Ce système avait pour conséquence un morcellement infini des héritages. A chaque génération, il y avait un partage par souche.

Le principe de la représentation infinie pour les collatéraux, combiné avec celui de la succession des ascendants par proximité de degrés dans la loi de nivôse, ce n'était pas autre chose que le système parentellaire de succession tel qu'il fonctionnait en Allemagne.

ANCIEN DROIT ALLEMAND. — L'ancien droit allemand n'admettait pas non plus la représentation et faisait succéder l'oncle par préférence au petit-fils. Ce ne fut que plus tard que la représentation vint remédier à cette iniquité². On n'admet d'abord la représentation que pour les descendants du *de cujus* et — comme en droit français — les représentants prenaient tous les droits du représenté. Les

(1) Pothier, *Tr. des succ.*, ch. II, s. I, art. 1, § IV.

(2) Schulte, *op. cit.*, p. 524.

descendants des filles ne représentaient pas non plus en concours avec les filles.

Ce n'est que par suite de deux évolutions successives qu'on est arrivé à la représentation directe sans restriction de sexe. Ce fut d'abord la disparition des avantages des fils ce qui permit de faire succéder les filles en concours avec les fils ; ce fut ensuite l'influence du droit romain qui égalisa les droits successoraux et permit la représentation aux filles comme aux fils ¹.

Ces frères et sœurs furent admis à la représentation au xiv^e siècle, par le droit municipal et le droit impérial.

ANCIEN DROIT ROUMAIN. — L'ancien droit roumain connaissait la représentation qui fonctionnait tant pour les filles que pour les fils ². Le Code d'Alexandre Donici, enjoignait aux ascendants, au cas où leur fils était prédécédé, de tester en faveur de leurs petits-fils ou de les exhéreder, sous peine de nullité du testament ; « car tous les petits-fils qui sont d'un fils ou d'une fille sont comptés comme un corps ³. » Il disposait encore « que le dans nombre des fils on comprend aussi les petits-fils dont le père est prédécédé, car les petits-fils viennent à la succession de leur grand-père, en les comptant tous pour un corps ; et que les petits-fils ne partagent pas par tête, mais par souche, en recueillant la part de leur père ⁴.

Les descendants des frères et sœurs pouvaient également

(1) Schulte, *loc. cit.*

(2) Pravila lui Mathiuc Bassarab. Glava, 273.

(3) Code d'Alexandra Donici, ch. **xxvi**, *Despie mostenivea cea prindiată*, art. 6.

(4) *Ibid.*, ch. **xxvii**, *Despre mostenivea cea faradiată*, art. 1.

représenter leurs parents¹. Mais la législation postérieure s'écarta de ces solutions. Le Code de Caradgea n'appelait à la succession que les fils à l'exclusion des filles ; celles-ci ne venaient qu'à défaut de fils, et seulement celles d'entre elles qui n'avaient pas été dotées. Appliquée à la représentation, cette solution fit que la représentation n'était admise que pour les descendants mâles des fils prédécédés².

Lorsque le défunt n'a laissé que des petits-enfants, les petits-fils seuls peuvent succéder³. Le législateur, qui est très minutieux dans cette matière, a dû admettre et le partage par souche lorsqu'il y a *successio in locum* des petits-fils des fils, et le partage par tête — *acei nu mai mostenesc de casà* — s'il y avait *successio in locum* des petits-fils de fille⁴.

La représentation était admise, selon les mêmes principes, pour les enfants des frères⁵. Au contraire la législation de la Moldavie ignorait le privilège de masculinité ; les descendants des filles pouvaient donc succéder⁶.

Le Code Callimaki prévoit l'hypothèse de la *successio in locum* et la résout différemment selon qu'il s'agit de descendants de fils ou de descendants de frères et sœurs. — Dans le premier cas, le partage se fait par souche (art. 922-923), dans le second cas, il se fait par tête, car, dit le

(1) *Ibid.*, loc. cit., art. 8.

(2) Code de Caradgea, IV, ch. III, *Despre mostenire sau clironomie*, art. 14 et art. 17 f.

(3) *Ibid.*, loc. cit., art. 17 g.

(4) *Ibid.*, loc. cit., art. 17 g. h.

(5) *Ibid.*, loc. cit., art. 19 d.

(6) Code de Callimaki, art. 919-920.

Code, dans ce cas il n'y pas réellement lieu à la représentation (art. 931)¹.

Mais le partage se fait toujours par souche s'il y a *successio in gradum*, soit qu'il y ait concours entre l'oncle et le petit-fils, soit qu'il y ait concours entre l'oncle et le neveu (art 922-932).

§. III. — DÉFINITION, CARACTÈRE ET UTILITÉ DE LA REPRÉSENTATION

DÉFINITION. — L'art. 739 du Code Civil définit la représentation *une fiction* de la loi, dont l'effet est de faire entrer les représentants dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté.

PREMIÈRE CRITIQUE ET RÉFUTATION. — On a critiqué le terme de fiction dont se sert l'art. 739 parce que « la majesté de la loi » s'opposerait à ce qu'elle s'abaisse à recourir à des fictions : qu'elle commande, on lui obéira².

(1) Un auteur a relevé une contradiction entre les art. 931 et 935 et les art. 938 et 939. C. Callimaki, A. Degré, *Successione ascendente e collaterale*, (In Deptul, 1874, p. 452.) — Or, il n'en est rien. Ces articles sont en parfaite concordance. — L'art. 931 prévoit le cas de la *successio in locum*, cas où il y avait seulement des neveux ou nièces et les fait partager par tête parce qu'il n'y a pas lieu à représentation dans ce cas. — C'est la solution la plus conforme à l'institution de la représentation. — Si l'art. 935 parle de partage par souche, c'est qu'il prévoit l'hypothèse de la *successio in gradum*; il établit en effet le partage en cas de concours entre frères et sœurs avec des neveux.

Il en est de même pour les art. 938 et 939 qui prévoient des hypothèses identiques, mais quant aux héritiers du troisième ordre, c'est-à-dire pour le cas de *successio in locum* des descendants de frères et sœurs unilatéraux ou de *successio in gradum* des descendants des frères et sœurs unilatéraux en concours avec des oncles ou tantes.

(2) Toullier, II, n. 189.

C'est entendu. Mais puisqu'on lui obéit tout de même il n'y a aucun danger à ce qu'elle se serve du mot « *fiction* ».

Qu'est-ce que c'est qu'une fiction ? C'est un fait irréal qu'on suppose réel pour en faire la base d'un droit.

Quel est le but de la représentation ? C'est de réputer parents au premier degré des parents qui ne le sont en réalité qu'au deuxième, au troisième ou même plus loin, et ainsi de suite.

Alors la représentation est-elle, oui ou non, une fiction ? Évidemment oui.

Pour si grande que soit la majesté de la loi, elle ne peut pas empêcher que la représentation ne soit une fiction. Pourquoi dès lors la loi ne le dirait-elle pas ? Nous pensons au contraire que la majesté de la loi s'oppose à ce qu'elle fasse passer pour réel un fait qui ne l'est pas.

Est-ce pour éviter ce reproche injustifié que les Codes Espagnol et Portugais ont banni le mot de fiction de leur définition ?

Le Code Espagnol l'appelle « le droit de représentation » ce qui n'empêche nullement que la représentation ne soit une fiction et que c'est grâce à cette fiction que la représentation est un droit. Pothier se servait des mêmes termes de « droit de représentation » qu'il accommodait parfaitement de celui de fiction, en définissant la représentation dans ces termes : « Le droit de représentation est une *fiction de la loi* par laquelle des enfants sont rapprochés et placés dans le degré de parenté qu'occupait leur père et mère lorsqu'il se trouvait vacant, pour succéder au défunt en leur place avec les autres enfants du défunt¹. »

(1) Pothier, *Tr. des succ.*, ch. III, s. I, art. 1. — On a cité souvent cette

SECONDE CRITIQUE ET RÉFUTATION. — On reproche encore à l'article 739 de se servir des termes de « représentant » et de « représenté », ce qui constituerait précisément les termes à définir ¹. En effet, approuve Laurent, il ne faut jamais définir la chose par la chose; ce n'est pas logique ². Cela est incontestable, il ne faut jamais définir la chose par la chose. Aussi n'est-ce pas ce que nous pensons contester.

Mais de quoi s'agit-il en réalité dans l'article 739? Est-ce de représentant et de représenté, ou bien de la représentation?

« La représentation est », dit la loi. c'est donc ce terme, cette chose que la loi veut définir : c'est donc ce terme, cette chose qui doit être évitée dans la définition.

Les Codes Portugais et Espagnol ont banni les mots de représentant et de représenté de leur définition, comme ils ont banni le mot fiction. Mais les Codes Roumain et Italien se servent des mêmes termes que le Code Français.

TROISIÈME CRITIQUE ET RÉFUTATION. — Il est inexact de prétendre — a-t-on encore dit — que le représentant recueille les droits du représenté; car celui-ci étant mort n'a jamais eu de droits ³. »

Cela est certain; mais cela est bien peu de chose.

On a voulu corriger la loi, en lui faisant dire « et dans les droits qu'il aurait eus s'il eût survécu ⁴ ». Mais nous

définition de Pothier mais on n'a jamais remarqué combien elle est étroite, car elle ne permet la représentation qu'en ligne descendante, alors que du temps de Pothier on admettait néanmoins la représentation pour les enfants des frères et sœurs du défunt!

(1) Demolombe, XIII, n. 589.

(2) Laurent, IX, n. 54.

(3) Laurent, IX, n. 54.

(4) Baudry et Wahl, I, n. 321.

repoussons cette correction. Si l'on voulait faire une correction dans l'article 739 nous préférierions dire *dans les droits que la loi attribue à la personne du représenté* ou *dans les droits que la loi attribue à la place du représenté dans la famille du de cujus*.

En effet, admettre la correction que l'on veut faire à la loi, c'est faire dire à la loi, ce qu'elle ne dit pas, que la représentation n'est possible que si le représenté avait eu *de son vivant* la capacité de succéder.

Or, ce n'est pas tout ce que le Code dit ; et ce n'est pas ce que disait Pothier. Car la représentation n'est pas une relation indirecte entre le représentant et le *de cujus*, créée par l'intermédiaire du représenté mais une relation directe entre le *de cujus* et le représenté. Le représenté a une vocation personnelle à la succession du *de cujus*. Que lui importe que le représenté ait eu ou n'ait pas eu de droits de son vivant.

Si le représenté a aussi une vocation d'emprunt ce n'est que pour déterminer l'étendue du droit à exercer. C'est là tout ce que le représentant emprunte au représenté.

La représentation *ne fait rien autre chose* — écrivait Pothier — que placer les représentants dans le degré de la personne représentée, lequel se trouve vacant ; placés dans ce degré, ils reçoivent directement du défunt *leur part* en la succession ; elle ne leur est point transmise, par la personne représentée, laquelle, par son décès n'ayant pu elle-même être héritière, n'a pu rien transmettre de cette succession ². »

(1) Laurent, *loc. cit.*

(2) Pothier, *Tr. des succ.*, ch. II, art. 1, § 1.

Si le représenté ne peut rien transmettre aux représentants, *a fortiori* ne peut-il rien leur enlever.

Or, c'est précisément à cela qu'aboutirait la correction que nous avons repoussée. C'est précisément à cela qu'arrivent la doctrine et la jurisprudence par une conception de la représentation qui n'a rien de conforme à la loi. Le texte de Pothier est clair et il est en parfaite concordance avec l'article 739. La représentation ne fait *rien autre chose* que de placer les représentants dans la place et le degré du représenté. Ce qu'ils empruntent à ce dernier c'est le *quorum* des droits successoraux attribués à sa place. Ce que la loi veut dire, lorsqu'elle dit que les représentants recueillent les droits du représenté, c'est que quel que soit leur nombre, ils ne peuvent occuper dans le degré du représenté plus d'une place et ne peuvent donc pas recueillir plus de droits que ceux qui sont attribués à une seule place. Mais la condition de capacité requise du vivant du représenté n'a rien à faire dans le mécanisme de la représentation, car les représentants reçoivent *leur part* de succession et non pas la part du défunt, et cette part ils la reçoivent directement du *de cujus* et non pas du représenté : Nous le répétons « *prendre la part ou les droits du représenté ne veut pas dire prendre la part ou les droits que le représenté aurait pris s'il avait survécu, mais prendre le quorum des droits attachés à la place du représenté.* »

QUATRIÈME CRITIQUE ET RÉFUTATION. — On a reproché encore à la loi de se servir de trois termes qui ne veulent tous dire que la même chose. Ce sont « la place » « le degré » et « les droits ». Or, dit-on, le degré est précisément la place que le représenté vient occuper et le légis-

lateur ne doit pas employer des mots inutiles parce que c'est à lui de donner l'exemple de la précision. La leçon est bonne mais les motifs qui l'inspirent le sont moins. *Chacun des trois termes dont se sert l'art. 739 a sa valeur propre. En enlevant un mot, on change toute l'institution de la représentation.* Pothier se servait déjà de ces trois termes et exigeait pour qu'il y ait représentation 1) rapprochement de degré 2) mise à la place du représenté 3) acquisition d'une part égale à celle à laquelle eût succédé le représenté¹.

Mais suivons l'art. 739 et précisons la valeur de chacun des trois termes qu'il emploie.

Deux enfants sont également au premier degré ; mais chacun d'eux occupe dans la famille une place différente : le premier est l'aîné, le deuxième le cadet. Dès lors sous l'empire d'une législation qui admettait le droit d'aînesse, il est intéressant de dire que les représentants n'entrent pas seulement dans le degré du représenté mais aussi dans sa place. Les descendants du frère aîné monteront donc au premier degré. Mais là ne s'arrêtent pas les effets de la représentation ; arrivés au premier degré, ils prennent la place de leur père, qui était le fils aîné du défunt et partant ils prendront à eux seuls le privilège d'al-

(1) Nous avons donné ci-dessus une définition de Pothier. — Une autre définition qui est meilleure parce qu'elle évite le reproche que nous avons fait à la précédente (V. *suprà*, p. 24, n. 1), est la suivante : « La représentation est une *fiction de droit* par laquelle des enfants d'un degré ultérieur sont rapprochés et mis au degré qu'occupait leur père ou mère en la famille du défunt, à l'effet de succéder tous ensemble en sa place, à la même part à laquelle leur dit père ou mère aurait succédé » (Pothier, introduction au titre XVII, §1. prélim., section II).

nesse ; et les descendants du frère cadet montés au premier degré ne s'y arrêtent pas non plus, car cela pourrait leur faire attribuer le droit d'ainesse ; mais il faut qu'ils fassent une seconde course, il faut qu'ils se mettent à la même place qu'occupait leur auteur¹.

Prenons un autre exemple. Un fils aîné meurt. Ce sont des filles qui le représentent. S'ils prennent son degré mais non pas sa place, elles ne succéderont pas au privilège d'ainesse car ce privilège est attaché au sexe. Mais dans notre législation, la distinction entre le degré et la place présente encore de l'intérêt ; car en supprimant la condition d'entrer dans la place du représenté, on doit admettre en se conformant à la définition qui en résulterait, que les collatéraux peuvent se représenter entre eux.

En effet, le neveu montant dans sa ligne jusqu'à son père arriverait à un degré égal à celui de son oncle prédécédé au profit exclusif duquel s'est ouverte une succession. Mais si l'on admet qu'il ne suffit pas d'être au même degré que le successible prédécédé et qu'il faut en outre se mettre à sa place, le neveu ne le pourra pas, car deux frères — son père et son oncle — n'ont pas la même place, mais chacun a une place différente².

§ IV. — CONDITIONS REQUISES POUR LA REPRÉSENTATION

Généralités

Il y a des conditions requises dans la personne du représenté : qu'il soit prédécédé au *de cuius*.

(1) Voyez *infra*, p. 328, ss.

(2) Voyez *infra*, p. 330.

Il y a aussi des conditions requises dans la personne du représentant : qu'il soit descendant du représenté et qu'il ait une vocation personnelle à la succession du *de cujus*.

Les auteurs demandent encore que le représenté ait eu de son vivant la capacité de succéder, ou, en d'autres termes, qu'il ait eu la capacité de succéder au *de cujus* s'il avait survécu à celui-ci.

I. — *Il n'est pas nécessaire que le représenté ait eu de son vivant la capacité de succéder au de cujus.*

Doctrine. — La représentation est une fiction, disent les auteurs « qui consiste dans ce que l'existence du représenté est censée se soutenir jusqu'au décès du *de cujus* » ¹ ou bien « elle fait revivre le prédécédé dans la personne de ses enfants » ².

La représentation serait donc une fiction de survivance.

On en a tiré cette conséquence que si le représenté eut été incapable ou indigne de succéder au *de cujus* comme il n'aurait rien pris de la succession de celui-ci, ses descendants ne peuvent rien prendre non plus ; il n'y a pas de représentation possible ³. Demolombe, tout en acceptant la fiction de la survivance, repousse cette conséquence, et suivant les anciens auteurs fait une distinction entre les incapacités absolues et les incapacités relatives. Les premières se communiquent du représenté au représentant et ne lui permettent de rien recueillir ; les dernières sont

(1) Baudry et Wahl, I, n. 320.

(2) Demolombe, XIII, n. 390.

(3) Baudry et Wahl, I, n. 329.

personnelles au représenté ; le représentant pourra recueillir par représentation ¹.

RÉFUTATION. — Rien n'est plus aisé à démontrer que le contraire.

La fiction de la représentation ne consiste nullement dans ce qu'on ferait revivre le prédécédé ou que l'existence de celui-ci serait censée se soutenir encore. — La loi le dit clairement, et il faut fermer les yeux pour ne pas le voir, la fiction consiste en ceci : qu'un parent d'un degré plus éloigné est censé se trouver dans une place et dans un degré autres que ceux où il se trouve réellement. La fiction consiste en un rapprochement de degrés.

Si la fiction consistait, non pas dans l'attribution aux représentants d'une place et d'un degré imaginaires, mais dans la survivance du représenté prédécédé, il n'y aurait plus besoin du tout de la représentation.

En effet, si Secundus, fils prédécédé de Primus, est censé lui survivre, on applique les principes généraux : Secundus étant réputé survivant et capable acquiert sa portion de la succession du *de cujus* et la transmet à ses descendants.

Secundus étant réputé survivant mais incapable ou indigne, n'acquiert rien du tout, donc ses descendants n'acquiescent rien non plus.

Il n'y a plus dans ces cas d'acquisition directe par représentation, mais il y a *transmission* des biens acquis par le prédécédé grâce à la fiction de la survivance dans le premier cas et *intransmissibilité* de droits par suite de la fiction de la survivance de l'héritier prédécédé incapable

(1) Demolombe, XIII, n. 410, 415, 418.

ou indigne, dans le second cas. A quoi bon avoir inventé toute l'institution de la représentation, si elle ne doit aboutir qu'aux mêmes conséquences que l'application normale des principes ?

Non, la loi ne fait pas survivre le représenté. Qu'il dorme en paix. On n'a nulle intention de le ressusciter. Qu'on relise un peu les deux définitions de Pothier que nous avons rapportées¹ ; qu'on relise un peu l'article 739 et qu'on voie ensuite en quoi consiste la fiction.

Quel est donc exactement le rôle de cette malencontreuse notion de survivance ? Car il y en a bien une. Pothier en parle. Nous ne l'ignorons pas et nous n'avons pas l'intention de le cacher.

A la question de savoir si les enfants de l'exhérédé peuvent le représenter, lorsqu'il est prédécédé, Pothier répond : « La raison de douter est que la représentation consiste à faire succéder les représentants à la place de la personne représentée, et à leur faire avoir la même part en la succession, qu'y aurait eue la personne représentée, si ELLE EUT SURVÉCU. Or l'exhérédé, s'il eut survécu, n'aurait eu aucune part dans la succession, par suite de son exhérédation... La raison de décider le contraire est... à l'égard de l'objection qu'on fait, que les représentants ne sont subrogés, par la représentation, qu'aux droits qu'aurait eu la personne représentée, *si elle eut survécu*, la réponse est que, LES ENFANTS DE L'EXHÉRÉDÉ SONT SUBROGÉS A LA PART QUE L'EXHÉRÉDÉ, S'IL EUT SURVÉCU, AURAIT DU AVOIR, SANS L'EXHÉRÉDATION² ».

(1) V. *suprà*, p. 313-314.

(2) Pothier, *Tr. des successions*, ch. II, art. I, § II. — M. Huc (II, n. 58)

Pothier raisonne dans les mêmes termes pour admettre la représentation de l'indigne.

Qu'est-ce donc que veut dire Pothier sinon que le représenté n'est pas censé survivre du tout, car dans les deux espèces de l'exhérédation ou de l'indignité du représenté, en admettant la survivance de celui-ci on devrait refuser la représentation¹, alors que Pothier l'admet et dans un cas, et dans l'autre.

Pothier le dit en termes qui ne permettent pas le moindre doute : si l'on a recours à ce qu'on a malheureusement baptisé la fiction de la survivance, ce n'est pas pour dire que si le représenté eut survécu et n'eut rien pris, la représentation n'eut pas été possible ; mais uniquement *pour délimiter les droits des représentants dans la succession*.

En effet si on s'était borné à dire que la représentation fait monter les représentants dans le degré du représenté, ceux-là arrivés au degré de celui-ci, auraient dû réclamer non pas seulement la part qui était attribuée au représenté mais les droits qui sont attribués à son degré, c'est-à-dire, réclamer le partage par tête. Les termes de « *droits qu'aurait eus le présumé s'il eut survécu* » étaient donc nécessaires,

combat aussi l'idée que la représentation consisterait dans la fiction de la survivance, ce qui ne l'empêche pas d'attribuer à la représentation les mêmes effets que les partisans de la survivance ; ce qui ne l'empêche pas non plus d'écrire au n° 63 que « si l'indigne était déjà mort lors du décès du *de cujus* la représentation serait rendue sans objet par l'effet du jugement constatant rétroactivement l'indignité ». — Or, il nous semble que si l'on ne considérait pas l'indigne survivant on ne saurait jamais tenir ce langage ni admettre ce résultat.

(1) Nous nous servons ici des termes « refuser la représentation » dont on se sert couramment. Mais nous rappelons que nous avons démontré qu'en refusant la représentation dans ces deux cas *c'est ne plus donner occasion à la représentation de produire des effets*.

pour signifier que les représentés, quel que soit leur nombre, n'ont ni moins ni plus que ce qui était destiné à celui qu'ils représentent.

Mais ces termes ne disent nullement que le représenté est censé survivre, et que par conséquent s'il est mort, incapable ou indigne, il ne pourra être représenté.

Si donc cela est vrai — et cela nous paraît difficilement contestable, — que la fiction de la représentation consiste dans ce qu'on accorde à des parents, un degré de parenté qu'ils n'ont pas et que la notion de la survivance du représenté n'a d'autre but que d'indiquer la somme des droits que les représentants peuvent réclamer, il est vrai aussi qu'on ne doit plus demander aucune condition de capacité ou de dignité dans la personne du représenté.

On ne représente pas les incapables ; on ne représente pas les indignes, dit-on. C'est pourtant le contraire qui est vrai. Il en était ainsi déjà dans l'ancien droit ; *a fortiori*, doit-il en être de même aujourd'hui, car il est reconnu que le législateur du Code civil a voulu adoucir la représentation et non pas rendre son accès plus difficile.

Prenons des exemples, et servons-nous de l'ancienne distinction entre les incapacités absolues et les incapacités relatives.

Ancienne théorie des incapables

INCAPACITÉ ABSOLUE. — *Premier exemple.* — La difficulté se présentait dans l'ancien droit pour la représentation de filles à la succession des fiefs.

Demolombe nous apprend que les descendants des filles ne pouvaient les représenter dans la succession des fiefs parce que les filles étaient frappées à cet égard d'une

incapacité absolue, qui se communiquait aux représentés ¹.

Cette solution est exacte. Mais nous estimons que les anciens auteurs et Demolombe également, se sont trompés, quant aux motifs.

Si les enfants des filles ne pouvaient les représenter dans la succession des fiefs, ce n'était pas du tout parce qu'elles étaient frappées d'une incapacité ou que cette incapacité était absolue, ou que cette incapacité se communiquait aux représentés, mais par l'application normale des principes de la représentation.

Qu'est-ce que fait la représentation ?

Les descendants de la fille montent dans son degré. Arrivés dans ce degré, ils y prennent sa place ; c'est-à-dire, la place qu'occupait la fille, quand bien même les représentants sont des hommes. Arrivés dans sa place ils recueillent les droits qui étaient attribués à cette place : ni plus ni moins.

Or, quelle était la portion de la succession aux fiefs qui était attribuée aux filles ? Elle était nulle. Donc les représentés ne prennent rien. Et cela non pas parce que l'incapacité s'est communiquée à eux, mais parce que la représentée n'avait aucun droit dans la succession aux fiefs.

Deuxième exemple — Lorsque le représenté était un fils aîné et que ses représentants étaient des filles, celles-ci succédaient néanmoins au privilège d'aînesse ². Cela n'est pas non plus parce que le représenté est censé survivre, mais parce que les filles qui le représentent montent dans son degré et occupent aussi la place de fils aîné qu'il occu-

(1) Demolombe, XIII, n. 409.

(2) Pothier, Introduction au titre XIII, art. prél., s. II.

pait dans la famille. C'est donc encore l'application normale des principes de la représentation.

Troisième exemple. — La difficulté se présente pour l'étranger. On décidait que les descendants, même français, de l'étranger, ne peuvent le représenter parce que l'étranger était frappé d'une incapacité absolue qui se transmettait à son héritier¹. La solution est juste ; mais le motif ne l'est pas. Il n'y a aucune transmission d'incapacité, il n'y a que l'application normale des principes de la représentation qui attribue aux représentants le degré, la place et les droits attribués au représenté. Or, un étranger n'ayant pas eu la jouissance de ses droits civils, n'avait aucune place dans la famille au point de vue successoral ; aucune portion de la succession ne lui était attribuée. Or, les représentants ne pouvaient se mettre dans une place qui n'existait pas et ne pouvaient demander des droits successoraux qui n'avaient jamais existé.

INCAPACITÉ RELATIVE. — La deuxième catégorie d'incapacités, qu'on appelait relatives et qui ne se transmettaient pas aux représentants, ce qui permettait la représentation des personnes frappées de cette incapacité, comprenait les religieux, les morts civils, les exhérodés et les indignes.

Dans cette catégorie, comme dans la précédente, les solutions sont justes, mais les motifs sont mauvais.

Si, dans ces cas, la représentation était possible, ce n'était pas le moins du monde, parce que l'incapacité ne se transmettait point, mais parce que le religieux, le mort civil, l'exhérodé ou l'indigne avaient occupé avant la survenance de ces événements, une place dans la famille et

(1) Demolombe, XIII, n. 408.

qu'à cette place étaient attribués des droits successoraux.

Or, si par la survenance de la profession religieuse, de la peine de mort civile, de l'exhérédation ou de l'indignité, les personnes quittaient la place qu'ils occupaient précédemment dans la famille, cette place devient vacante et c'est précisément là le but de la représentation que de remplir le vide provoqué par une vacance dans un degré ou dans une place.

Il n'y a pas plus de transmissibilité que d'intransmissibilité d'incapacités.

TRANSMISSION DE LA THÉORIE DES INCAPACITÉS DANS LE CODE — Cette théorie des incapacités absolues et relatives est-elle celle du Code ? Demolombe a essayé de le démontrer¹. Mais on l'a contesté en disant qu'il serait très difficile de distinguer dans le Code les unes des autres².

Nous avons démontré que la distinction de l'ancien droit n'était pas fondée ; mais puisqu'elle a existé néanmoins, nous avons tout lieu de croire que les auteurs du Code l'ont admise, et il n'est pas trop difficile, malgré ce qu'on en a dit, de distinguer dans le Code les anciennes incapacités absolues et relatives.

Nous avons dit qu'il y avait anciennement deux incapacités absolues : celle des filles à la succession des fils et celle des étrangers. Le Code a supprimé le privilège du sexe et la distinction tenant à la nature et à l'origine du bien ; le premier cas ne se pose donc plus. Mais il avait maintenu celle des étrangers sous certaines conditions. Dans le cas où les étrangers étaient incapables on pourrait concevoir qu'ils étaient frappés d'une incapacité abso-

(1) Demolombe, XIII, n. 408, 411, 414.

(2) Baudry et Wahl, I, n. 329.

lue. Les incapacités relatives étaient la profession religieuse, la mort civile, l'exhérédation et l'indignité. Le Code a supprimé l'incapacité des religieux et l'institution de l'exhérédation; la question ne se pose plus pour ces cas. Mais on a maintenu l'incapacité de succéder des morts civils et l'exclusion des indignes. *Or, dans l'ancien droit les morts civils pouvaient être représentés, et l'article 744 a maintenu en termes formels cette solution.*

Cela est déjà plus que suffisant pour soutenir le maintien dans le Code de l'ancienne distinction des incapacités absolues et relatives. Mais le Code a maintenu aussi l'exclusion des indignes et le texte qui résoud le problème de la représentation des indignes, n'est pas aussi clair que celui qui régit les morts civils. La question est controversée nous y reviendrons en temps voulu. Nous rappelons seulement ici que nous avons démontré, qu'en dehors de tout texte, on doit admettre la représentation des incapables et des indignes sous peine d'anéantir l'institution. En second lieu, nous avons établi que dans un ancien cas d'incapacité relative — les morts civils — le Code a expressément maintenu le droit de représentation pour les descendants de l'incapable.

Législations étrangères — Le C.C. Portugais parle dans son art. 1980 de la succession « aux droits auxquels elle (la personne représentée) succéderait si elle était vivante » — L'art. 1983 s'exprime de la même façon.

Est-ce à dire que dans le droit portugais on ne peut représenter un incapable ou indigne ? — Non. Car l'art. 1979 décide que l'incapacité d'un héritier se borne à sa personne. Les enfants et ses descendants, lorsqu'il en

a, succèdent comme s'il était décédé sans avoir été incapable.

Il est donc entendu qu'on peut représenter un incapable et un indigne — nous avons dit que ce code ne faisait pas de distinction entre l'incapacité et l'indignité — malgré les termes dont se servent les art. 1980 et 1893, qui doivent donc s'entendre dans le sens que leur donnait Pothier, que leur suppose le Code Civil Français et qui est seul en harmonie avec l'institution de la représentation, à savoir qu'ils ne font que fixer la part successorale que peuvent réclamer les représentants.

Les termes du Code Espagnol sont encore plus explicites. — L'art. 924 dit qu'on succède « aux droits que la personne représentée pourrait avoir si elle vivait ou *si elle pouvait hériter* » et l'art. 929 décide qu'on ne peut représenter les personnes vivantes qu'au cas d'exhérédation ou d'incapacité. — Si l'on peut représenter un incapable vivant, *a fortiori*, peut-on représenter un incapable prédécédé. — Comme dans le Code Portugais, l'idée de la survivance du représenté, n'a donc d'autre but que de fixer la part successorale que peuvent réclamer les représentants, c'est dans le même sens que prononce le Code Allemand art. 1924, al. 3. 1925, al. 3 et 1926, al. 3 et notamment l'art. 1804, al. 2. 1806, al. 2. et 1807, al. 2 du Projet du C. C. Hongrois. Comparez aussi les articles 729 et 739 du Code Italien, et l'art. 541 du Code Suisse.

II. — *Prédécès du représenté*

On ne représente que les morts naturellement et civilement, disait le Code. Depuis la loi de 1854 le mort civil

pouvant hériter *ab intestat*, il n'y aura lieu à représentation que pour les morts naturellement : *vivi nulla representatio*.

Ce n'est là qu'une conséquence du principe que la représentation fait monter les représentants dans le degré et dans la place du représenté : tant que celui-ci vit, on ne peut pas lui enlever ses droits, il est libre d'en disposer.

« La raison ne veut pas, disait Lebrun, qu'on entre dans la place d'un homme vivant qui remplit son degré¹.

Mais qu'est-ce au juste, qu'un homme vivant ? Et Pothier de répondre que par *homme vivant* il faut, *c'est évident*, entendre celui qui jouit de l'état civil².

Des difficultés se présentent pour la représentation d'un renonçant, d'un incapable ou indigne, d'un absent ou d'un condamné à une peine perpétuelle.

1^o CAS DE RENONCIATION. — L'article 787 prévoit expressément le cas et le tranche dans le sens de la négative : on ne vient jamais par représentation d'une personne qui a renoncé.

Comme le Code prohibe la renonciation à une succession non ouverte (art. 791) on ne comprend pas très bien l'utilité de l'article 787, alinéa 1.

En effet, si le représenté a renoncé avant l'ouverture de la succession et est mort également avant cette ouverture, comme la renonciation est prohibée il pourra néanmoins être représenté.

S'il a renoncé avant l'ouverture et meurt après l'ouverture, mais sans avoir renoncé avant sa mort dans la forme

(1) Lebrun, l. III, ch. v, s. I, n. 14.

(2) Pothier, *Tr. des successions*, ch. II, s. I, art. 1, § 2.

légale il transmet ses droits à ses successeurs qui n'ont pas besoin de la représentation, car la renonciation avant l'ouverture ne produit aucun effet. Malgré cette renonciation il a recueilli la succession et l'a transmise à ses propres héritiers.

S'il a renoncé après l'ouverture, il n'y a pas lieu à représentation, mais point n'était besoin pour cela de disposition expresse car celui qui a renoncé a disposé des droits attribués à sa place¹.

Peut-être doit-on cette disposition expresse au désir du législateur de trancher la controverse qui s'était élevée dans l'ancien droit : En effet, dans l'ancien droit, le renonçant ne pouvait être représenté s'il avait des cohéritiers acceptant au même degré. Mais lorsque le renonçant était seul dans son degré des difficultés surgissaient.

On peut imaginer trois hypothèses :

a) Tous les héritiers du premier degré sont prédécédés : il y a lieu à représentation et au partage par souches ;

b) Tous les héritiers sont vivants et renonçants : il n'y a pas de représentation possible, mais le degré étant vacant la succession est dévolue aux héritiers du degré suivant qui viennent de leur propre chef et partagent par tête² ;

(1) On a encore voulu modifier la disposition expresse de l'art. 787, al. 1, par le désir de prévenir des calculs frauduleux en matière de rapport. Le renonçant pourrait, pour éviter le rapport, renoncer à la succession afin que ses descendants puissent prendre sa part entière dans la succession du donateur. Mais l'art. 848 suffirait à déjouer ce calcul, car d'après cet article le fils qui vient par représentation doit rapporter ce qui a été donné à son père, même s'il a répudié la succession de celui-ci.

(2) Nous remarquons combien ces deux solutions *a* et *b* sont discordantes. Si tous les héritiers du premier degré sont prédécédés leurs descendants par-

c) Un héritier est prédécédé et l'autre est vivant mais renonce : les enfants du premier succèdent par représentation ; les enfants du deuxième ne peuvent ni représenter leur auteur car celui-ci étant vivant et renonçant, l'art. 787 s'y oppose ; ils ne peuvent pas non plus réclamer la succession de leur propre chef, car les enfants du prédécédé leur sont préférés étant au premier degré, par l'effet de la représentation ; l'article 740 s'y opposerait.

Supposez que Primus meure laissant pour tous héritiers son fils Secundus et les descendants de Tertius son fils prédécédé. Par les seuls faits de l'ouverture de la succession et du prédécès de Tertius, ses descendants se trouvent placés, par l'effet de la représentation, au même degré que Secundus. Or celui-ci vient à renoncer.

Bon nombre d'auteurs, écrivait Lebrun, défendaient la représentation aux enfants du renonçant car les cohéritiers de leur père renonçant quoique réellement au même degré qu'eux, ont été par l'effet de la représentation, au moment de l'ouverture de la succession placés au premier degré à côté de leur père renonçant. Il est inadmissible que ce bénéfice leur soit retiré par la renonciation ultérieure de Secundus. La part de celui-ci ira donc accroître à ceux-là.

tagent par souche ; au contraire si tous sont renonçants, les descendants partagent par tête. Cela manque évidemment de logique, mais les textes nous imposent ces solutions. Nous sommes obligés de nous y soumettre.

(1) On a donné une solution contraire. Si l'un des enfants a renoncé et qu'un autre enfant soit prédécédé laissant lui-même des enfants, *les enfants du premier viendront de leur chef en concours avec les enfants du second*, ils ne viendront pas par représentation, Baudry et Wahl, I, n. 333. Mais on ne l'a pas justifié du tout. Le droit allemand admet la solution qu'approuvent MM. Baudry et Wahl, mais il n'y a pas en droit allemand un texte aussi impératif que l'art. 740 ou 787.

Mais Dumoulin¹ et Basnage² donnaient la solution contraire parce que, disaient-ils, la représentation a été créée pour rapprocher des héritiers de degré inégal, mais non pas pour exclure des enfants du même degré.

De quel côté est la vérité?

Le but de la représentation est de faire entrer les parents d'un degré plus éloigné dans un degré plus proche. Or, l'article 785 décide que l'héritier renonçant est censé n'avoir jamais été héritier. Il s'en suit que son degré est vacant et la représentation devait être admise³.

Cela est incontestable; mais il y a encore quelque chose qu'on oublie. L'effet final de la représentation est de donner aux représentants les droits attribués au degré et à la place du représenté. Or, le renonçant par sa renonciation a disposé des droits attribués à sa place. Ses descendants qui sont montés dans son degré et réclament sa place et sa portion doivent être éconduits, car le renonçant n'a pas disposé de ses droits⁴.

2) CAS D'INCAPACITÉ OU D'INDIGNITÉ. — Pour le cas où le représenté était de son vivant indigne de succéder au *de cujus*, les législations se divisent en deux groupes, dont le premier prévoit la difficulté d'une façon ambiguë, alors que le deuxième s'exprime en termes formels.

Premier groupe. — Font partie de ce groupe la France, la Belgique et la Roumanie. Nous étudierons la question successivement au point de vue théorique et au point de vue de la législation positive.

(1) Dumoulin sur l'art. 241 de la *Coutume du Maine*.

(2) Basnage sur l'art. 304 de la *Coutume de Normandie*.

(3) Demolombe, XIII, n. 402. — Baudry et Wahl, I, n. 331.

(4) *Ibid.*, loc. cit.

a) *En théorie.* — Nous avons suffisamment insisté sur le sens des mots « si le représenté avait survécu » pour que nous ayons encore besoin d'y revenir¹. Cela ne veut donc pas dire autre chose que fixer la somme des droits que peuvent réclamer les représentants quelque soit leur nombre.

Dès lors, peu importe que le représenté fut capable ou non de succéder au *de cujus*. Ce n'est pas lui qui succède, ce sont ses enfants; et ses enfants ne succèdent pas non plus par son intermédiaire mais directement. Ce n'est donc que dans la personne de ceux-là qu'il faut s'enquérir s'ils réunissent ou non les conditions requises pour succéder.

Les auteurs qui soutiennent le contraire se contredisent eux-mêmes. Nous les combattons donc avec leurs propres armes, si peu galant que cela puisse être.

D'un côté, on dit, en effet, qu'il n'est pas exact de dire comme la loi que le représentant entre dans les droits du représenté, *car celui-ci étant prédécédé n'a jamais eu de droits*², et d'un autre côté, ces mêmes auteurs veulent qu'on ne représente pas l'indigne parce que s'il avait survécu il n'aurait rien pris.

Mais puisque le prédécédé n'a jamais eu des droits on n'a rien alors à lui enlever.

Or, on refuse à ses descendants de le représenter parce que s'il eut survécu il n'eut rien pris.

Ou bien, on le fait survivre et on fait peser sur ses descendants son incapacité et son indignité et alors il a eu des droits

(1) V. *suprà*, p. 319.

(2) Laurent, IX, n. 54. — Baudry et Wahl, I, n. 321.

puisqu'on les lui a enlevés et dans ce cas le langage de la loi est exact.

Ou bien, il n'a jamais eu de droits et dans ce cas il est inutile de le faire survivre puisque n'ayant jamais eu de droits par lui-même, il n'a jamais pu être ni capable ni incapable, ni digne ni indigne, et alors il ne faut pas faire peser sur ses descendants les conséquences d'une incapacité ou d'une indignité qui n'a jamais existé.

Mais les art. 725 et 727 s'opposent également à la solution contraire. Nous avons démontré que la loi prévoit trois conditions essentielles pour succéder : l'existence, la capacité et la dignité.

Nous avons démontré que cet ordre des conditions est celui de la loi (art. 725, inexistence ; art. 726, incapacité ; art. 727, indignité) et que cet ordre est l'ordre normal dans lequel se posent les questions. Avant de savoir si un héritier est capable ou digne, il faut voir s'il existe. Or le représenté n'existe pas. Il n'y a pas lieu de s'occuper de sa capacité ou de sa dignité. L'art. 725 est formel : pour succéder il faut nécessairement *exister à l'instant* de l'ouverture de la succession. Comme le représenté n'existe pas à cet instant, il n'y a pas lieu de s'en occuper ; d'autant plus que, ainsi que nous le verrons, les adversaires eux-mêmes de cette opinion reconnaissent que les représentants *succèdent directement au de cujus* et non par l'intermédiaire de la personne du représenté.

Il n'y a *qu'un héritier*, qui peut être par rapport à la succession capable ou incapable, digne ou indigne. Or pour être héritier, il faut d'abord exister. Celui qui n'existe plus ne peut être ni capable ni incapable, ni digne ni indigne

par rapport à un droit qui s'est ouvert à une époque où il n'existait plus ¹.

Or, le père, *s'il avait survécu* — dit-on — aurait été exclu de l'hérédité comme indigne ; donc, il n'y aurait exercé aucun droit et partant on ne peut exercer à sa place en le représentant ².

Il ne s'agit pas de savoir ce qui serait arrivé *si* le représenté eut survécu mais ce qui doit arriver actuellement, attendu qu'il n'a pas survécu, car c'est là, nous le répétons, la raison de l'institution elle-même, il ne s'agit pas du tout de savoir ce qui serait arrivé si le représenté eut survécu, car dans ce cas on n'aurait qu'à appliquer les principes généraux et non créer une institution particulière qui a effectivement pour but de déroger à ces principes et de suppléer au défaut d'existence de l'héritier légal. Mais nous avons ici à relever encore une contradiction chez nos adversaires. En effet, après avoir soutenu que la fiction de la représentation consiste dans ce que l'existence du représenté est censée se soutenir jusqu'au décès du *de cuius* ³, on dit que « la fiction que le représenté survit dans la personne du représentant et que le représenté est censé venir à la succession, *importe peu* pour la solution des questions relatives à la représentation ⁴ ».

(1) Dans le système qui n'admet l'indignité que sur action, il va sans dire que les héritiers peuvent le représenter. Mais il en est de même dans le système que nous avons défendu, de l'indignité opérant de plein droit : l'indignité opère de plein droit, mais pour qu'elle opère contre un héritier il faut qu'il y ait un héritier. Or il n'y en a pas dans notre espèce.

(2) Laurent, IX, n. 72. — Huc, V, n. 63. — Baudry et Wahl, I, n. 332.

(3) Baudry et Wahl, I, n. 320.

(4) *Ibid.*, I, n. 326 ; Laurent, IV, n. 65. — Huc, V, n. 62.

Mais, tout au contraire, *cela seul importe* pour la solution des questions relatives à la représentation. Et cela est si vrai que les mêmes auteurs écrivent, pour écarter la représentation de l'incapable et de l'indigne que le représenté n'aurait eu aucun droit *s'il eut survécu* puisqu'il est mort en état d'indignité. Donc, on ne peut exercer aucun droit de son chef »¹.

*Or non seulement on ne peut pas encourir en état d'indignité car cet état ne peut exister que depuis que le droit par rapport auquel on est indigne prend existence, mais on voit que la fiction de la survivance est la seule raison qui s'oppose à la représentation*².

« En d'autres termes, écrit-on encore, celui là seul peut succéder par représentation qui serait apte à succéder de son chef s'il trouvait être héritier le plus proche en degré »³.

Or, l'enfant de l'incapable ou de l'indigne, n'est-il pas

(1) Baudry et Wahl, I, n. 332.

(2) Nous devons relever ici la même confusion de langage chez Demolombe. Cette idée de la survivance qui n'a d'autre but que de délimiter la portion des droits que les représentants peuvent réclamer a tellement embrouillé notre institution que Demolombe écrit : « Eh bien ! le législateur a imaginé de faire, en quelque sorte, revivre le prédécédé dans la personne de ses enfants (XIII, n. 390), ce qui devait l'amener à repousser la représentation des incapables et des indignes. Mais moins conséquent, il ne le fait pas et il écrit ailleurs que la représentation est permise ; que l'objection que le représentant ne peut avoir que les droits que le représenté aurait eus, devait s'entendre dans le sens que la loi lui accorde la même portion héréditaire (XIII, n. 292, *in fine*). Or, il y a là une flagrante contradiction : ou bien la fiction consiste dans la survivance et alors le représenté n'a plus de portion étant incapable ou indigne, donc la représentation n'est pas admise, ou bien les mots « droits du représenté » s'entendent dans le sens de délimitation des droits et alors il n'y a aucune fiction de la survivance admissible.

(3) Laurent, IX, n. 65. — Huc, V, n. 62. — Baudry et Wahl, I, n. 326.

apte à succéder de son chef s'il se trouvait être l'héritier le plus proche en degré? Que lui veut-on encore?

b) *En droit positif* on admet que l'indigne peut représenter celui de la succession duquel il a été écarté. Est-ce juste? Primus a tué Secundus : il est indigne de lui succéder. Or, au moment où le crime a eu lieu, Secundus était à la veille de faire un héritage qui lui échoit effectivement le lendemain du meurtre. Primus, qui ne pourra rien prendre de la succession de Secundus, réclamera néanmoins l'héritage échu à sa victime.

Or, *si la représentation est un fiction de survivance*, Secundus survivant peut bien recueillir l'héritage mais n'en transmet rien à son meurtrier. Pourquoi alors celui-ci le représenterait-il?

Et au contraire dans cet autre exemple : Primus a porté contre Secundus une accusation capitale reconnue calomnieuse, puis il est décédé. Et ses enfants à lui ne pourront rien recueillir dans la succession de Secundus. Cela n'est ni raisonnable ni juste. Les adversaires le reconnaissent¹. Mais ils objectent que le texte impose la solution.

En effet, dit-on, le texte prévoit l'hypothèse où les enfants de l'indigne ne sont pas écartés de la succession de la victime : « s'ils viennent de leur chef et sans le secours de la représentation, ils ne sont pas exclus pour la faute de leur père. » (art. 730).

Donc, a-t-on conclu, c'est que s'ils viennent avec le secours de la représentation, ils sont exclus pour la faute de leur père.

Si ce n'était pas cela que l'art 730 avait prévu, il aurait

(1) Laurent, IX, n. 72.

manqué de sens, dit-on, car ce ne sont que les morts qui peuvent être représentés¹. Les mots « et sans le secours de la représentation » ne peuvent s'appliquer à un indigne vivant ; car un indigne vivant ne peut pas être représenté, non pas en tant qu'indigne mais en tant que vivant.

Un second argument est donné en faveur de cette interprétation, qui est tiré de ce que l'indigne ne recueillerait rien s'il avait survécu.

Sur le premier motif que les mots « et sans le secours de la représentation » n'auraient pas de sens, si on ne voyait pas qu'ils visent l'interdiction de représenter, nous répondons que la partie finale de l'article 730 qui décide qu'en aucun cas, l'indigne n'aura d'usufruit légal sur les biens ainsi recueillis par ses enfants est en contradiction flagrante avec la conception que l'article 730 vise le cas de la représentation ; car la représentation n'est possible que pour les morts et les morts ne peuvent pas avoir l'usufruit des biens recueillis par leurs enfants, quelle que soit la provenance de ces biens. C'est donc que l'article 730, prévoit une hypothèse où les enfants de l'indigne recueillent du vivant de celui-ci les biens de la victime. Les deux parties de l'article 730 sont reliées par un « *mais* » ce qui indique que la partie finale se rapporte toute, à la première partie.

Il est évident que le langage de la loi est défectueux. Nous ne le contestons pas. Mais il vaut mieux reconnaître cette inexactitude que de lui faire admettre des solutions

(1) Laurent, *loc. cit.* — Baudry et Wahl, I, n. 437. — Planiol, III, n. 1768. — Alexandresco III, p. 267. — Petresco, I, p. 191.

contraires et aux principes¹ et à l'ancien droit, alors qu'il est entendu que le législateur a voulu rendre la représentation plus accessible et non pas faire surgir de nouveaux obstacles.

D'ailleurs la rédaction de l'article 730 s'explique par son origine. Pothier² écrivait que « les enfants de l'indigne ne peuvent succéder par représentation lorsqu'il est vivant ».

Or le Code vise précisément l'hypothèse où l'indigne est vivant et décide que ses héritiers viennent à la succession de leur propre chef et sans le secours de la représentation. C'est exactement ce que disait Pothier.

Sur le deuxième motif nous nous sommes suffisamment expliqués pour qu'il n'y ait pas besoin d'y revenir.

Deuxième groupe. — Dans ce deuxième groupe rentrent toutes les autres législations. Nous renvoyons à ce que nous avons déjà dit, sur la façon dont ces législations entendent les mots « droits du représenté » ou « droits que le représenté pourrait avoir s'il avait survécu » ce qui est en parfaite harmonie avec l'interprétation de Pothier, celle que suppose le texte du Code civil et celle que nous avons nous-mêmes donnée.

Toutes ces législations admettent la représentation des incapables et des indignes prédécédés. Il y en a même qui admettent la représentation des incapables et des indignes survivants (C. C. Ital., art. 730 ; C. C. Portugais, 1979 ; C. C. Esp., 929). Et cette dernière solution est excellente car l'incapable et l'indigne bien que survivants conservent

(1) Demolombe, XIII, n. 292. — Naco, II, p. 67.

(2) Pothier, *Tr. des successions*, ch. II, s. I, art. 152.

néanmoins leur place dans la famille et n'ayant pas déposé de droits attribués à cette place comme le renonçant, leurs héritiers peuvent utilement monter dans son degré et occuper sa place. La définition de la représentation ne s'y oppose pas car elle ne prévoit pas que le représenté soit mort. Il est nécessaire qu'il y ait vacance d'un degré et droit attribué à la place d'un héritier pour que la représentation de celui-ci soit possible toutes les fois qu'il ne peut pas succéder lui-même.

3) CAS D'ABSENCE. — Peut-on représenter un absent ? Les législations sont divisées sur ce point : un premier groupe ne se prononce pas, alors que le second se prononce expressément pour l'affirmative.

Premier groupe. — Ce groupe renferme toutes les législations, hors celle de l'Italie. On a soutenu, en doctrine, que la représentation d'un absent était impossible en argumentant des termes absolus dont se sert l'article 744 qui n'autorise la représentation que pour les morts. Or, un absent n'est pas mort. Il s'en suivait, que les enfants de l'absent ne pouvaient le représenter dans la succession de leur aïeul qui était alors dévolue pour le tout au cohéritier de l'absent, conformément à l'article 136.

Les descendants de l'absent ne viendront donc pas en concours avec leurs oncles mais seulement à leur défaut. Car pour recueillir les biens d'une succession à laquelle on n'est pas en degré d'être appelé, on ne le peut que de deux façons, soit directement par représentation, soit indirectement par voie de transmission. Or, pour qu'il y ait représentation, il faut la certitude du prédécès de l'héritier (art. 744) ; et pour qu'il y ait transmission, il faut la

certitude de la survivance de l'héritier (art. 781). Or, les descendants de l'absent ne peuvent pas plus prouver sa mort que sa survie.

Mais ce système est inadmissible car il est faux dans son principe et il mène à des conséquences désastreuses. En effet, ou bien on considère l'absent comme étant mort ou bien comme étant vivant. Mais on ne peut pas le considérer tantôt mort, tantôt vivant. Car si l'on écarte l'absent de la succession de son père en vertu de l'article 136, parce qu'il n'est pas sûr qu'il ait survécu au *de cujus*, on ne peut pas interdire en même temps à ses descendants de le représenter parce qu'il n'est pas sûr qu'il soit mort avant le *de cujus*. C'est dans ce sens que se prononcent généralement la doctrine et la jurisprudence ¹.

Deuxième groupe. — La législation italienne est la seule qui expressément permette la représentation des absents (art. 734). — Il est regrettable que les législations postérieures n'aient pas suivi son exemple.

4) CAS DE CONDAMNATION A UNE PEINE PERPÉTUELLE. — Avant la loi de 1854, les morts-civils ne pouvaient succéder *ab intestat* (C. C. art. 25). La doctrine ancienne, argumentant du système des incapacités absolues, avait déjà permis à ses descendants de le représenter aux successions dont il était ainsi écarté.

Le Code Civil a consacré cette solution (art. 744).

Depuis la loi de 1854, les condamnés à une peine perpétuelle restent frappés de certaines incapacités mais

(1) Demolombe, XIII, n. 405. — Laurent, II, n. 285. — Huc, V, n. 63. — Baudry et Wahl, I, n. 331. — Planiol III, n. 1767.

peuvent recueillir par succession *ab intestat*. La question de la représentation ne se pose donc plus.

III. — *Parenté directe entre le descendant et le représenté.*

Une seconde condition pour qu'il y ait représentation, est que le représentant soit un descendant direct du représenté. Tout le monde est d'accord sur ce point.

Mais on n'est plus d'accord sur les motifs de ce principe. La coutume de Bourgogne disait que *ce qui échet au père, échet au fils* (art. 19, Titre VII). Cela indique le résultat final mais non le motif.

Lebrun disait que « la représentation ne vient que de la liaison, pour ne pas dire de l'identité du père et du fils ; et c'est pour cela qu'il n'y a que les enfants qui représentent et que cela n'est jamais permis, en quelque cas que ce soit, aux collatéraux ; ce droit a son fondement dans la nature qui fait une subrogation perpétuelle des enfants au père et rend un père mort dans la personne de celui qui survit ¹. Il n'y a encore là aucun motif juridique ; rien n'eût empêché de concevoir qu'un cousin recueille la part due à un cousin prédécédé, puisqu'un cousin peut succéder à son cousin.

« Si le représenté qui était héritier présomptif, avait survécu lui-même au *de cujus* la transmission de cette succession était véritablement assurée à ses propres enfants » disait Demolombe ².

Ce motif est loin d'être satisfaisant. D'abord, il faut se

(1) Lebrun, III, ch. v, sect. I, n. 1,

(2) Demolombe, XIII, n. 392.

méfier de cette idée de la survivance dont on abuse vraiment, et qui n'est pour rien, absolument pour rien dans la représentation.

Ensuite, il peut aussi bien arriver que le représenté ait été héritier présomptif du *de cujus*, et qu'il n'ait eu à son tour pour tout héritier qu'un cousin qui n'avait aucun droit dans la succession du *de cujus*.

Alors, nous pouvons dire également que si le représenté avait survécu lui-même au *de cujus*, la transmission de cette succession était véritablement assurée à son cousin.

La vraie raison pour laquelle la représentation n'est permise qu'aux descendants est toute autre. Elle est bien simple. C'est que, avec la conception de la représentation qui fait monter un héritier d'un degré à un autre, la représentation est matériellement impossible entre collatéraux.

Chaque collatéral se trouve sur une ligne différente. Or si je peux monter de mon rez-de-chaussée à moi au cinquième étage de ma maison, malgré la meilleure volonté du monde, je ne pourrais jamais monter de mon rez-de-chaussée à moi au cinquième étage de la maison d'en face. Je puis bien arriver, en montant dans ma ligne à moi, au même degré que le collatéral prédécédé, mais je ne serais jamais à la même place, tout comme je peux bien arriver à la même hauteur que le cinquième d'en face en montant au cinquième de ma maison, mais je ne serais pas à la même place. Aussi, nous avons protesté contre la critique qu'on avait faite à la loi de se servir des mots « degré » et « place ».

Chacun de ces mots a sa valeur propre. On ne peut sup-

primer le dernier sans changer la conception de la représentation ou rendre sa définition inexacte.

Il faut donc que le représentant soit descendant en ligne directe du représenté. Mais des difficultés se présentent pour savoir si celui qui est conçu postérieurement au décès du représenté ou qui est écarté de la succession de celui-ci pour indignité, ou qui y a renoncé, peut néanmoins le représenter.

1° — *Personnes conçues après le décès du représenté.*

Pour la première question, il est certain que l'enfant conçu après la mort de l'héritier peut le représenter, parce que la représentation étant admise à l'infini, si on n'admettait pas cette solution ce serait limiter la représentation à deux ou trois degrés au plus.

2°. — *Si l'indigne peut représenter sa victime.*

Nous avons déjà fait remarquer que l'indignité n'a d'autre effet que d'écarter l'indigne de la succession de sa victime. Rien ne s'oppose donc à ce qu'il succède par représentation de sa victime si nous nous plaçons au point de vue de notre conception de la représentation. Au contraire, si on admet la fiction de la survivance, on ne peut, sous peine d'inconséquence, admettre la représentation de la victime.

3°. — *Si on a renoncé à la succession du représenté.*

Tout le monde l'admet. Le Code Italien prévoit l'hypothèse et la résoud affirmativement (Art. 744; al. 2, C. C. Ital.).

IV. — *Vocation personnelle du représentant à la succession du de cujus.*

C'est encore une application du principe que la représentation ne fait que changer de degré et de place le représentant. Celui-ci n'acquiert pas la succession du représenté mais du *de cujus* directement. Il est l'héritier de celui-ci et non pas de celui-là. C'est donc pour la succession de celui-ci qu'il doit réunir les conditions requises pour succéder¹.

Mais il y a des difficultés pour les enfants de l'adopté et les enfants naturels.

1° *Les enfants de l'adopté.* — Les législations se partagent en deux groupes dont le premier ne se prononce pas, alors que le second est pour l'affirmative.

Premier groupe : France, Roumanie...

On a contesté aux enfants de l'adopté le droit de succéder, soit de leur chef, soit par représentation de l'adopté, dans la succession de l'adoptant².

L'adoption, a-t-on dit, ne crée des liens de parenté qu'entre l'adopté et l'adoptant; donc les enfants de l'adopté ne sont pas les parents de l'adoptant. Or, pour succéder il faut être parent; ils ne succéderont jamais de leur chef à l'adoptant et ils ne le pourront non plus par représentation de l'adopté, car représenter, c'est succéder. Qui

(1) Demolombe, XIII, n. 393. — Laurent, IX, n. 65. — Huc, V, n. 65. — Baudry et Wahl, I, n. 326.

(2) Demolombe, VI, n. 139 et XIII, 394. — Laurent, IX, n. 83. — Huc, III, n. 127 et V, n. 62. — Baudry et Wahl, I, n. 326 et 353. — Alexandresco, I, p. 350. — Petresco, Naco, II, p. 66. — La seule jurisprudence roumaine que nous connaissons est en ce sens *Tr. Dolj.* 1, 2 avril 1899, Dr 1899, p. 300.

ne peut succéder, ne peut non plus représenter. On a soutenu, au contraire — toute la jurisprudence française est de cet avis et nous nous y rallions complètement — que les enfants de l'adopté, succèdent à l'adoptant et de leur chef et par représentation¹.

Un système intermédiaire avait proposé de donner la succession aux enfants nés postérieurement à l'adoption mais de la refuser aux enfants de l'adopté qui étaient nés au moment de l'adoption². Mais rien absolument ne justifie cette distinction.

Nous nous rallions donc au système de la jurisprudence sans adopter cependant tous les motifs qu'elle invoque. Ceux-ci sont au nombre de quatre. D'abord que le mariage entre l'adoptant et les descendants de l'adopté est prohibé, ce qui suppose, dit-on, un lien de parenté dans la famille adoptive. Or il n'en est rien. En effet, le même article défend le mariage entre les enfants adoptifs d'un même individu et même entre l'adoptant ou l'adopté avec leur conjoint réciproque, et non pas seulement entre l'adoptant et la descendance de l'adopté. Or, si l'on voyait dans la prohibition au mariage l'existence d'un lien de parenté, ce serait voir un lien de parenté entre le conjoint de l'adoptant et l'adopté, ce qui serait exorbitant³.

(1) Marcadé, III, n. 78. — Planiol, III, n. 1810.

(2) Merlin, *vo Adoption*, § VII. — Demante, II, n. 8 et 85 bis.

(3) Cela est encore plus insoutenable en droit roumain où le Code civil suivant l'ancien Code de Callinaki de la Moldavie, a prohibé le mariage entre le tuteur et le curateur avec sa pupille ; ou entre le père, le frère mineur, ou le fils du tuteur et la pupille. Toutefois dans ces derniers cas, le mariage sera possible mais seulement avec l'autorisation du Tribunal après examen du compte de tutelle et si le mariage présente de l'utilité pour la pupille.

Les prohibitions au mariage ne reposent pas exclusivement sur les liens de parenté. Le législateur tient compte souvent de diverses considérations morales ; il prohibe le mariage entre les personnes habitant sous le même toit, pour éviter que l'espérance d'un mariage possible, n'amène des désordres dans la famille ¹.

Un second motif, pour soutenir la successibilité des enfants de l'adopté est que leur présence met obstacle à l'exercice du retour légal.

Cette décision de la loi ne se comprend guère. Pourquoi la présence des petits-fils n'empêcherait-elle pas l'exercice du retour de l'ascendant donateur, alors que la présence d'enfants de l'adopté peut l'empêcher ?

Cette décision est trop étrange pour pouvoir s'en servir dans l'espèce qui nous occupe.

Un troisième motif invoqué, c'est que l'art. 350 donnant à l'adopté tous les droits successoraux d'un enfant légitime, lui donne aussi le droit de se faire représenter.

A cet argument invoqué en faveur des enfants de l'adopté, on a répliqué qu'on arrive alors à faire de la représentation, qui a été introduite en faveur des descendants de l'enfant ou du père prédécédé, un droit du prédécédé lui-même ².

Nous répondrons à cette objection que la loi donne à l'adopté le nom de l'adoptant et les droits successoraux « *d'un enfant légitime* ».

L'adopté est donc assimilé à un enfant légitime, car,

(1) Planiol, I, n. 721.

(2) Laurent, IX, n. 83.

lorsque l'on a les droits d'un enfant légitime c'est qu'on est tenu pour tel et non pas pour autre chose.

Or, si la représentation est un droit pour les descendants de l'enfant prédécédé ; si l'enfant adopté est un enfant prédécédé, la représentation n'est elle pas un droit pour les descendants de l'adopté prédécédé ? Il n'y a pas de texte exprès, a-t-on encore objecté. Point n'est besoin de texte exprès quand l'enfant adoptif est assimilé à un enfant légitime : *il doit être traité, tant au point de vue personnel qu'au point de vue de sa descendance, comme un enfant légitime : ex adoptivo natus, adoptivi locum obtinet in jure civili*¹. S'il y a un texte exprès qui permette aux descendants de l'enfant naturel de le représenter, c'est que celui-ci n'est pas assimilé à un enfant légitime et n'a pas tous les droits successoraux d'un enfant légitime.

Mais on a dit encore, que les enfants de l'adopté n'ayant pas de droit de succession de leur chef ne peuvent pas avoir le droit de venir par représentation.

Cela est absolument inexact.

Les enfants de l'indigne sont parents de la victime ; ils ont un droit à la succession et néanmoins on leur refuse — dans un système — la représentation alors qu'on leur permet de venir de leur chef. C'est donc que la corrélation entre la succession de son chef et la succession par représentation n'est pas si étroite. D'ailleurs nous avons démontré que l'adopté étant assimilé à un enfant légitime, il doit l'être également au point de vue de sa descendance. Les enfants doivent donc pouvoir succéder de leur chef à l'adoptant.

[1] D. 1. 7, *De adopt. et emancip.*, 27.

Un quatrième et dernier motif qu'on a apporté en faveur de notre solution est que l'adoption crée des liens de parenté entre l'adoptant et l'adopté — qui est le deuxième que nous retenons — et les descendants de celui-ci. — On rapproche généralement — dans l'opinion que combattons — la solution que donne la loi pour les ascendants de l'adoptant dans la succession desquels l'adopté n'a aucun droit ni de son chef ni par représentation. Or ce rapprochement est inadmissible. Si l'adopté n'a pas de droits dans la succession du père de l'adoptant c'est que celui-ci n'a pu par sa volonté engager la fortune de ses parents. Cela est certain. Il n'a pu, non plus, par sa volonté, faire de son enfant adoptif, le petit-fils de son père ¹. Mais lorsqu'il a adopté l'enfant, il a engagé ses biens, et il s'est créé un fils et une famille.

L'effet de la parenté est limité en ligne ascendante, mais on ne saurait le limiter en ligne descendante. Le père adoptif de mon père doit être mon grand-père adoptif. A quoi bon l'adoption sinon pour se créer une famille. Or, est-ce se créer une famille et des parents que de la réduire aux liens entre l'adoptant et l'adopté?

(1) Nous pouvons comparer ce qui se passe dans notre hypothèse avec ce qui a lieu pour les enfants naturels. Ils n'ont aucun droit, ni de leur chef ni par représentation, dans la succession de leur aïeul naturel; mais leurs descendants ont au contraire le droit de les représenter et de venir de leur chef à la succession de leur père naturel, l'aïeul naturel de leurs descendants. C'est parce que le père naturel en reconnaissant son enfant a engagé ses biens, s'est créé un fils et une famille qu'il n'avait pas autrement. Pour les parents adoptifs, comme pour les parents naturels, la succession et la parenté est défendue par rapport aux ascendants autres que le père naturel ou le père adoptif. *La succession et la parenté descendent du père naturel ou de l'adoptant, mais elles ne remontent pas; en descendant de lui, elles descendent à l'infini.*

Deuxième groupe. — Allemagne (art. 1757 et 1762), Italie (art. 737), Suisse (art. 465). Les législations de ce groupe admettent en termes exprès les descendants de l'adopté à la succession de l'adoptant.

Critique du Code Allemand. — Mais le Code Allemand contient une solution bizarre qui rappelle la solution intermédiaire qu'on a proposé en droit français.

Les effets de l'adoption s'étendent aux descendants à venir de l'adopté. Mais le descendant déjà existait lors de la conclusion du contrat et les descendants de celui-ci nés ultérieurement, ne profitent des effets de l'adoption que *si le contrat a été également conclu avec le descendant déjà existant.* »

Or, qu'arrivera-t-il si l'adopté a un enfant en bas âge et que la succession de l'adoptant s'ouvre peu après le prédécès de l'adopté survenu le lendemain de l'adoption ?

Rien ne peut justifier la solution du Code Allemand. L'adoption est un contrat qui n'a que des effets heureux pour les descendants de l'adopté. A quoi bon leur demander leur consentement. Ils n'ont qu'à renoncer à la succession si elle ne leur convient pas, et c'est tout.

On pourrait concevoir l'exigence du consentement de l'enfant *majeur*, mais non pas de tous les enfants indistinctement, quel que soit leur âge. Car si le père peut contracter pour son enfant mineur il ne pourrait contracter pour lui une adoption *sans un texte exprès*. Or, ce texte nous manque. Il en résulte que le père ne peut pas contracter une adoption pour l'enfant et que l'enfant ne peut la contracter tout seul, non plus, étant mineur.

2° *Les descendants de l'enfant naturel.* — L'hypothèse est

prévue expressément par l'article 761 et résolue affirmativement. Les descendants de l'enfant naturel peuvent le représenter dans la succession de son père. Mais l'enfant naturel lui-même ne pourra pas représenter son père naturel dans la succession dévolue à celui-ci, car les effets de la parenté descendent du père naturel mais ne remontent jamais à ses propres parents ¹.

§ V. — DES PERSONNES QUI PEUVENT REPRÉSENTER

Nous remarquons qu'il ne s'agit pas seulement ici des personnes qui peuvent représenter par rapport au représenté, mais par rapport au *de cujus*. Ne peuvent venir par représentation à la succession du *de cujus* que ses descendants en ligne directe et les descendants de ses frères et sœurs.

I. — Des descendants

En ligne directe descendante, la représentation est permise à l'infini. On peut prévoir trois hypothèses différentes :

1^o Primus meurt laissant des enfants, Secundus, et des descendants d'un fils prédécédé. Sans la représentation, Secundus eût pris toute la succession, car à l'intérieur de l'ordre c'est par proximité de degré qu'on est appelé. Or, il est au premier degré, alors que ses neveux ne sont qu'au deuxième. Mais la représentation intervient pour faire concourir les neveux avec l'oncle.

2^o Primus meurt ne laissant après lui que des descen-

(1) Voyez *suprà*, page 354, note 1.

dants de ses fils prédécédés qui se trouvent en degré égal. Suivant les principes généraux, ils devaient succéder de leur propre chef et partager par tête. Mais le législateur a pensé que cela serait contraire au principe de l'égalité des partages et les fait partager par souche. C'est l'ancienne représentation à l'effet de partager.

Cette représentation est contraire au principe et à la définition de l'institution, qui n'a pour but que de faire entrer les représentants dans le degré, dans la place et dans les droits du représenté. Or, dans notre exemple tous les héritiers étant au degré égal, il n'y a pas lieu de les faire entrer dans un autre degré.

3^o La troisième hypothèse prévoit le cas où tous les enfants du *de cuius* sont prédécédés. Mais les descendants de ceux-ci ne sont plus en degré égal mais en degrés inégaux. Puisqu'on admet le concours des neveux avec leurs oncles, *a fortiori* doit-on admettre le concours des arrière petits-fils avec les petits-fils¹.

II. — *Des ascendants*

Si la représentation en ligne directe descendante pouvait paraître conforme à l'affection du défunt, il n'en est plus de même en ligne ascendante. Si un père reporte naturellement l'affection qu'il avait pour son fils prédécédé sur les descendants de celui-ci, le fils ne reporte jamais l'affection qu'il avait pour son père prédécédé sur son aïeul. L'affection ne remonte pas, disaient les anciens. Et cela n'est que trop juste. Aussi la représentation n'est jamais

(1) Pour les difficultés qui se présentent pour les descendants de l'adopté ou de l'enfant naturel. Voyez *suprà*, p. 350.

admise en ligne ascendante. Les ascendants recueillent donc selon la proximité du degré.

Toutefois, dans les législations, qui, comme la loi française, admettent la fente en ligne ascendante, il peut arriver que deux ascendants en degrés inégaux viennent concurremment à la succession. Mais si l'ascendant du troisième degré concourt, dans cette hypothèse, avec un ascendant au premier degré, ce n'est pas parce que l'ascendant du troisième degré de l'autre ligne représente l'héritier du premier degré, mais parce que dans sa ligne les ascendants du premier et du deuxième degré faisant défaut il se trouve le premier en degré succésible.

Il y a donc lieu pour les ascendants, de combiner le principe de la proximité de degré avec celui de la fente.

Cas du Code civil Roumain. — Ce Code a supprimé l'article 741, C. C. Fr. — Est-ce à dire que la représentation est admise en faveur des ascendants. Les auteurs sont d'accord à reconnaître la négative¹, car la représentation est une fiction et on n'admet pas des fictions sans texte.

III. — *Des collatéraux*

Prenant le juste milieu entre le droit romain et l'ancien droit qui limitaient la représentation en ligne collatérale aux enfants des frères et sœurs, c'est-à-dire aux neveux du *de cujus*, et la loi de nivôse qui l'avait étendu à l'infini et pour tous les collatéraux du défunt afin d'arriver au morcellement des fortunes et à l'émiettement des propriétés nécessaires à une organisation démocratique, le Code civil adopta la représentation pour les frères et sœurs du *de cujus*

(1) Alexandresco, III, p. 262; Petresco, *op. cit.*, I, p. 186; Naco, II, p. 65.

seulement mais pour eux, à l'infini et non pas seulement pour leurs descendants au premier degré.

Pour les autres collatéraux, il n'y a donc pas de représentation. Si le défunt a laissé un cousin et en enfant d'un cousin prédécédé, celui-ci ne pourra représenter son père. Le premier recueillera toute la succession. On prévoit pour la représentation des frères et sœurs trois hypothèses.

1° Des descendants d'un frère prédécédé viennent en concours avec leur oncle ou tante. C'est le cas normal de la représentation.

2° Tous les frères et sœurs du *de cuius*, sont prédécédés. Ils ne restent que des enfants d'eux, qui sont tous en degré égal. Il ne devait pas y avoir de représentation, mais la loi l'admet néanmoins afin de partager. Il y aura donc lieu au partage par souche.

Les Codes Portugais, article 1982 et Espagnol, art. 927 ont admis la solution contraire du partage par tête.

3°) Tous les frères et sœurs sont prédécédés, mais leurs descendants sont en degrés inégaux. C'est le cas normal de la représentation. Il y a donc lieu de l'admettre. Et on l'admet.

Mais les Codes Portugais, art. 1982, et Espagnol, art. 927, n'admettent pas de représentation dans cette hypothèse. Si nous en croyons les traductions de ces Codes, la représentation n'est admise — comme en droit romain et dans l'ancien droit français — qu'au profit des enfants des frères et sœurs, et non pas au profit de leurs descendants à l'infini.

Il est bien entendu que la représentation est admise aussi bien au profit des descendants de frères et sœurs germaines qu'au profit des descendants de frères et sœurs consanguines ou utérines. Mais le partage se fera toujours entre eux, conformément à l'art. 733, c'est-à-dire que les germains prendront part dans les deux lignes, alors que les unilatéraux ne prendront part que dans la ligne à laquelle ils appartiennent.

Des difficultés s'élèvent sur la représentation des frères et sœurs naturelles. L'art. 766 décide en sens affirmatif, qu'en cas de prédécès des père et mère de l'enfant naturel mort sans postérité, ses biens iront à ses frères et sœurs naturels ou à leurs descendants, sauf l'exercice du droit de retour des frères et sœurs légitimes sur les biens donnés par le père naturel.

Mais encore faut-il savoir si par descendants des frères et sœurs naturels la loi a entendu parler des descendants légitimes ou bien admet elle-même des descendants naturels ?

Dans un système, on a prétendu que la représentation est une fiction, donc, il ne faut pas l'étendre en dehors des cas prévus par la loi. Or l'art. 766 ne prévoit pas le cas des descendants naturels des frères et sœurs naturels, car lorsque la loi parle de descendants tout court elle entend les descendants légitimes. Enfin, ce n'est qu'aux descendants légitimes que se transmet la parenté ¹.

Mais nous croyons préférable d'adopter le système

(1) Demolombe, XIV, n. 162 ; Laurent, IX, n. 151 ; Baudry et Wahl, I, n. 481.

contraire. La parenté naturelle est reconnue par la loi si elle est établie avec les formalités légales.

On ne saurait objecter que l'art. 756 ne donne aux enfants naturels des droits sur les biens des parents de leurs père et mère, *car nous estimons que cette disposition ne vise que les enfants naturels par rapport aux ascendants de leurs père et mère naturels mais non pas les descendants des enfants naturels reconnus par rapport à l'auteur de leurs père et mère*. En tous cas, l'art. 766 a été écrit précisément pour déroger à l'art. 756 ¹.

§ VI. — EFFETS DE LA REPRÉSENTATION.

I. — Droits du représentant.

L'effet de la représentation dérive de la définition même de la représentation. Le représentant est mis dans le degré et dans la place du représenté et y recueille les droits qui lui étaient attribués.

Pour y arriver, le représentant doit monter du degré où il se trouve dans le degré du représenté. Mais cette ascension n'est possible que si les degrés intermédiaires sont vacants. Dès qu'un de ces degrés est occupé, la représentation n'est plus possible. Il ne peut pas sauter ce degré. La représentation n'a point lieu *per saltem et omisso medio*. Ainsi si Primus est mort et a laissé un enfant et un petit-fils né d'un fils prédécédé et que ce petit-fils renonce, sa postérité, ne pourra pas le représenter pour venir en con-

(1) Ducauvroy, Bounier et Roustaing, II, n. 538 ; Vazeille sur l'art. 766, n. 6.

cours avec le grand-oncle dans la succession du bisaïeul, car pour y arriver ils doivent traverser le degré de leur père et de leur grand-père. Or le premier se trouve occupé.

Si le représentant n'a pas accepté la succession du représenté — nous savons qu'on peut représenter ceux dont on répudie la succession — et que le représenté se trouve tenu de dettes envers la succession du *de cujus*, le représentant pourra agir contre la succession du représenté. Ainsi, par exemple, il poursuivra en révocation pour inexécution des charges ou pour ingratitude — dans les cas où elle est permise aux héritiers du donateur — ou en revendication contre un tiers d'un meuble appartenant au *de cujus* et aliéné sans droit par le représenté ¹.

II. — Obligations du représentant.

L'effet de la représentation étant de mettre les représentants dans la place du représenté et de recueillir ses droits, il est évident qu'ils seront aussi tenus des charges dont était grevé le représenté.

Ils devront ainsi faire le rapport des biens dont était tenu le représenté (art. 848). Cette obligation se justifie, bien qu'elle paraisse contraire au principe qu'on ne rapporte pas pour autrui, car le droit des représentants ne doit être ni plus ni moins grand que celui du représenté et il ne faut pas qu'une substitution de personnes puisse rendre pire la situation des cohéritiers du prédécédé qui avaient droit de réclamer à celui-ci le rapport.

(1) Baudry et Wahl, I, n. 345.

Des difficultés nombreuses s'élèvent sur le point de savoir, au cas où il y a plusieurs enfants du représenté, s'il y en a qui ont renoncé à la succession du représenté ou qui ont renoncé à la succession du *de cujus*, si ceux qui acceptent doivent rapporter toute la donation reçue par le représenté ou seulement une part proportionnelle au nombre de ceux qui acceptent. Ainsi Primus a gratifié son fils Secundus de 100.000 francs. A sa mort Primus a laissé pour héritiers son fils Tertius et deux petits-fils Quartus et Quintus descendants de Secundus. Si celui-ci avait survécu et accepté la succession du donateur, conjointement avec son frère Tertius, celui-ci lui aura demandé de faire le rapport des 100.000 francs. Si Secundus était mort et ses fils Quartus et Quintus ont accepté sa succession et acceptent également celle du *de cujus*, il va sans dire que Quartus et Quintus seront tenus également du rapport.

Mais qu'arrivera-t-il si, de ces deux frères, l'un a accepté, l'autre a répudié la succession de leur père donataire et que tous deux acceptent la succession de leur aïeul donateur de leur père ? Le rapport des cent mille francs sera-t-il fait par portions égales par les deux frères, ou bien le renonçant pourra-t-il se décharger du rapport sous le motif que n'ayant rien recueilli de la succession de Secundus il ne doit rien rapporter de ce que celui-ci a reçu de son vivant ?

On admet que le renonçant à la succession du représenté doit néanmoins être tenu du rapport des donations reçues par celui-ci, parce que, en matière de rapport on ne considère que la succession à laquelle le rapport est dû. Et la même solution s'appliquera même si le représenté

traverse plusieurs degrés : il rapportera toutes les donations reçues par les représentés dont il traverse les degrés, qu'il ait accepté ou non leur succession. Mais qu'arrivera-t-il si de Quartus et Quintus qui ont accepté la succession du donataire, le premier seulement accepte la succession du donateur ? Serait-il tenu du rapport des cent mille francs ? Ou bien pourra-t-il ne rapporter que 50.000 francs ?

Trois systèmes ont été proposés pour résoudre cette difficulté.

Dans un premier système — qui est celui de la jurisprudence ¹ — on décide que le rapport est dû tant par l'acceptant que par le renonçant parce que l'obligation au rapport est indivisible pour les représentants comme pour le représenté. On a justement critiqué ce système, car le droit d'accepter ou de répudier n'est pas indivisible chez les descendants du représenté et qu'ainsi il est injuste de faire supporter par le renonçant les conséquences de l'acceptation d'autrui ².

Dans un second système, l'acceptant ne sera tenu que de sa part de rapport ; le renonçant ne rapportera rien. En définitive, c'est donc le cohéritier du représenté qui supporte les conséquences. Or cela est manifestement inique. Pour le soutenir, on a dit que les acceptants seuls sont soumis au rapport et que si l'acceptant recueille par droit d'accroissement la part du renonçant, il est tenu en échange de toutes les dettes qui grèvent cette part. Quant au rapport, c'est une obligation entre héritiers ; il suppose que

(1) Cass. 4 juin 1870. S. 70. I. 329.

(2) Baudry et Wahl, III, n. 2715.

les héritiers viennent à la succession ; ceux qui ne viennent pas ne sont pas tenus du rapport ¹.

Mais c'est là oublier que la représentation veut que les représentants, quel que soit leur nombre, ne recueillent ni plus ni moins que ce que recueillent les représentés et sont pourtant tenus de tout ce dont le représenté était tenu, ni plus ni moins. Peu importe qu'un des descendants du représenté renonce. Celui qui accepte, représente et celui qui représente doit tout ce que devait le représenté puisqu'il prend tout ce que celui-ci prendrait.

Cela nous amène à dire, que le troisième système nous paraît préférable et que l'acceptant sera soumis au rapport, même pour la portion du renonçant².

Il en sera de même pour le rapport des dettes ; l'héritier acceptant sera obligé pour le tout ³.

III. — *Du partage de l'hérédité en cas de représentation*

Les représentants doivent prendre autant que le représenté. Donc, la succession ne peut se partager par tête car si de deux représentés un avait un enfant et l'autre en avait trois, on voit l'inégalité qu'il en résultera. Le partage se fait donc par souche copartageante. Si une même souche a produit plusieurs branches la subdivision se fait aussi par souche dans chaque branche et les membres de

(1) Laurent, X n. 562 *bis* ; Iluc, V, n. 347.

(2) Fuzier Hermann, art. 848, n. 4 ; Massigli, *Revue critique*, XII, 1887, p. 354 ; Baudry et Wahl, III, n. 2713.

(3) D'autres difficultés s'élèvent à l'effet de savoir si le représenté doit ou non les donations, le rapport des donations qui lui ont été faites par le *de cujus*. — Mais nous ne pouvons nous en occuper ici, car cela ne concerne plus les effets de la représentation.

chaque branche partagent entre eux par tête. Le partage par souche se fait soit que les représentants sont en degré égal, soit qu'ils sont en degré inégal.

Nous rappelons que dans les législations portugaise et espagnole, le partage par souche n'a lieu en ligne collatérale que si les neveux viennent en concours avec leurs oncles ou tantes, mais s'ils sont seuls il n'y a pas lieu à la représentation à fin de partager du droit français, et ils partagent par tête. Une autre conséquence de ce système est que les représentants sont dispensés de rapport dans le cas où ils ne viennent pas en concours avec leurs oncles ou tantes.

I. — TABLEAU DES LÉ

De l'ouverture des s

C. C. FRANÇAIS de 1804	C. C. AUTRICHIEN de 1810	C. C. ROUMAIN de 1865	C. C. ITALIEN de 1866	C. C. PO de
ART. 718. Les suc- cessions s'ouvrent par la mort naturelle et par la mort civile.	ART. 536. Le droit successoral ne com- mence qu'après la mort du <i>de cuius</i> . ART. 727. Lorsque le défunt meurt sans testament valable ; lorsque par le tes- tament il ne dis- pose pas de tous ses biens; lorsqu'il n'a pas laissé la portion requis aux réserva- taires; lorsque les hé- ritiers institués ne peuvent ou ne veulent accepter la succession, il y a ouverture à la succession légitime pour le tout ou pour partie.	ART. 651. Les suc- cessions s'ouvrent par la mort.	ART. 923. La succes- sion s'ouvre au mo- ment de la mort dans le lieu du dernier do- micile du défunt. ART. 720, al. 2. Il n'y a lieu à la suc- cession légitime que lorsque la succession testamentaire fait dé- faut en tout ou en partie.	ART. 200. La suc- cession s'ouvre au mo- ment du décès du d ART. 1923. La suc- cession s'ouvre au mo- ment du décès du d ART. 1920, al. 2. Il n'y a lieu à la suc- cession légitime que lorsque la succession testamentaire fait dé- faut en tout ou en partie.

ISLATIONS COMPARÉES

cessions ab intestat

UGAIS 7	C. C. ESPAGNOL de 1889	C. C. ALLEMAND de 1900	C. C. SUISSE de 1907	PROJET du C. C. HONGROIS de 1901
La suc- re par le ujus.	ART. 657. Les droits à la succession d'une personne morte se transmettent au mo- ment de sa mort.	ART. 1912. Au décès d'une personne son patrimoine passe comme universalité à une ou plusieurs autres personnes.	ART. 537, al. 1. Les successions s'ou- vrent par la mort.	ART. 1983. La suc- cession passe aux héritiers au moment de la mort du <i>de ejus</i> .
Lors - rsonne voir dis- iens, ou disposé rtie; ou stament etrouve héritiers cueille - s ou la s biens a point testa -	ART. 1912. — Il y a lieu à succession légi- time : 1 ^o lorsque le défunt meurt sans tes- tament ou en laissant un testament nul ou qui a perdu sa valeur; 2 ^o lorsque le testa- ment ne contient pas d'institution d'héritier pour tout ou partie des biens ou ne dis- pose pas de la totalité de ceux appartenant au testateur. En ce cas, la succession est légitime seulement quant aux biens dont on n'a pas disposé; 3 ^o lorsque vient à dé- faillir la condition mise à l'institution d'héritier ou lorsque cederniermeurt avant le testateur ou refuse la succession sans avoir de substitué et sans qu'il y ait lieu à droit d'accroisse- ment; 4 ^o lorsque l'hé- ritier institué est inca- pable de succéder.			

II. — TABLEAU DES LÉ

Des conditions re

C. C. FRANÇAIS de 1804	C. C. AUTRICHIEN de 1810	C. C. ROUMAIN de 1865	C. C. ITALIEN de 1866	C. C. P d
ART. 720. Si plusieurs personnes respectivement appelées à la succession l'une de l'autre, périssent dans un même événement, sans qu'on puisse reconnaître laquelle est décédée la première, la présomption de survie est déterminée par les circonstances du fait et à leur défaut, par la force de l'âge ou du sexe.			ART. 924. Si entre deux ou plusieurs individus appelés respectivement à se succéder, il y a doute sur le point de savoir lequel a le premier cessé de vivre, celui qui soutient l'antériorité du décès de l'un ou de l'autre doit en donner la preuve; à défaut de preuve, ils sont tous présumés morts en même temps et il n'y a pas lieu à transmission de droits de l'un à l'autre.	ART. <i>de cujus</i> tiers ou périssent même év le même qu'on p naître l décès ils sont péri tou temps, mission ou pourra uns aux
ART. 721. Si ceux qui ont péri ensemble avaient moins de quinze ans, le plus âgé sera présumé avoir survécu. — S'ils étaient tous au-dessus de soixante ans, le moins âgé sera présumé avoir survécu. — Si les uns avaient moins de quinze ans et les autres plus de soixante, les premiers seront présumés avoir survécu.				
ART. 722. Si ceux qui ont péri ensemble avaient quinze ans accomplis et moins de soixante, le mâle est toujours présumé avoir survécu, lorsqu'il y a égalité d'âge, ou si la différence qui existe n'excède pas une année. — S'ils étaient du même sexe, la présomption de survie, qui donne ouverture à la succession dans l'ordre de la nature, doit être admise : ainsi le plus jeune est présumé avoir survécu au plus âgé.				
	ART. 538, al. 1. Celui qui a capacité pour acquérir a, aussi, en général, capacité pour hériter.		ART. 723. Toute personne est capable de succéder, sauf les exceptions déterminées par la loi.	
ART. 725. Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession. Ainsi sont incapables de succéder : 1° celui qui n'est pas encore conçu ; 2° celui qui n'est pas né viable ; 3° celui qui est mort civilement.		ART. 654. Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession. — L'enfant conçu est considéré existant. — L'enfant mort-né est considéré inexistant.	ART. 724. — Sont incapables de succéder : 1° ceux qui, à l'époque de l'ouverture de la succession, n'étaient pas encore conçus ; 2° ceux qui ne sont pas nés viables. — Dans le doute sont présumés viables ceux à l'égard de qui il est constaté qu'ils sont nés vivants.	ART. 17 sonnes sex vent seu par testa fant conçu dère con Doit être tant à testamen nait viv figure h les 300 j ter de testateur

SLATIONS COMPARÉES

ses pour succéder.

UGAIS 37	C. C. ESPAGNOL de 1889	C. C. ALLEMAND de 1900	C. C. SUISSE de 1907	PROJET du C. C. HONGROIS de 1901
3. Si le ses héri- égataires ans un ment, ou ur, sans e recon- iels sont premiers, tés avoir n même a trans- a succes- legs ne érer des res. Les per- ntes peu- acquérir nt. L'en- est consi- e tel. — uté exis- oque du nfant qui et avec ine dans s à comp- mort du	ART. 33. Entre deux ou plusieurs per- sonnes appelées à se succéder, s'il existe un doute sur le point de savoir quelle est celle qui est morte la première et si l'on soutient que la mort de l'une est anté- rieure à celle de l'au- tre, on doit le prou- ver. A défaut de preuve, on les pré- sume mortes en même temps et on ne tient pas compte de la transmission de droits de l'une à l'autre. ART. 744. Pourront succéder par testa- ment ou <i>ab intestat</i> ceux qui n'ont pas été déclarés incapables par la loi. ART. 745. — Sont incapables de suc- céder : 1° les enfants morts-nés, en com- prenant dans cette qualification les per- sonnes désignées en l'article 30.	ART. 20. Lorsque plusieurs personnes périssent dans un péril commun, on présume qu'elles sont décédées en même temps. ART. 1923. Ne peut devenir héritier que celui qui est en vie au moment de la dé- volution. — Celui qui, au moment de la dé- volution, n'était pas encore en vie, mais était déjà conçu est censé né avant la dévolution.	ART. 539, al. 1. Peuvent être héritiers et acquérir par testa- ment ou pacte suc- cessoral tous ceux qui ne sont pas légale- ment incapables de recevoir. ART. 742, al. 1. Ne peut être héritier que celui qui survit au défunt et qui a la capacité de succéder. ART. 544. L'enfant conçu est capable de succéder s'il naît vivant. L'enfant mort- né ne succède pas.	ART. 1794, al. 1. Celui qui a capacité pour acquérir au jour de la dévolution a aussi capacité pour hériter. ART. 1794, al. 2. Celui qui était conçu au moment de la dé- volution est capable de succéder s'il naît vivant.

III. — TABLEAU DES L

Des conditions

C. C. FRANÇAIS de 1804	C. C. AUTRICHIEN de 1810	C. C. ROUMAIN de 1865	C. C. ITALIEN de 1866	C. C. I d
ART. 727. Sont indignes de succéder, et comme tels, exclus des successions : — 1^o celui qui sera condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt ; — 2^o celui qui a porté contre le défunt une accusation capitale jugée calomnieuse ; — 3^o l'héritier majeur qui, instruit du meurtre du défunt, ne l'aura pas dénoncé à la justice. ART. 728. Le défaut de dénonciation ne peut être opposé aux ascendants et descendants du meurtrier, ni à ses alliés au même degré, ni à son époux ou à son épouse, ni à ses frères ou sœurs, ni à ses oncles et tantes, ni à ses neveux et nièces. ART. 729. L'héritier exclu de la succession pour cause d'indignité, est tenu de rendre tous les fruits et les revenus dont il a eu la jouissance depuis l'ouverture de la succession. —	Art. 540. Celui qui a attenté ou cherché à attenté à la vie, à l'honneur ou aux biens du <i>de cuius</i>, de ses enfants, de ses père et mère ou de son conjoint, dans des conditions pouvant justifier une poursuite au pénal soit d'office soit sur plainte du lésé, est exclu du droit d'hérédité comme indigne, tant qu'on ne peut présumer d'après les circonstances que le défunt lui a pardonné. Art. 542. Celui qui a usé de contrainte ou de dol envers le défunt pour obtenir un acte de dernière volonté ; celui qui l'a empêché de déclarer ou de changer sa dernière volonté ou qui a supprimé un acte de dernière volonté déjà rédigé est exclu du droit d'hérédité et demeure responsable de tout dommage qui a pu en résulter.	ART. 655. Texte identique à l'art. 727 C. C. Fr. ART. 656. Texte identique à l'art. 728 C. C. Fr. ART. 657. Texte identique avec l'art. 729 C. C. Fr.	ART. 725. Sont incapables comme indignes de succéder : 1^o celui qui aurait volontairement tué ou tenté de tuer le <i>de cuius</i> ; 2^o celui qui l'aurait accusé d'un crime punissable d'une peine criminelle quand l'accusation a été déclarée calomnieuse en justice ; 3^o celui qui l'aurait forcé à faire un testament ou à le changer ; 4^o celui qui l'aurait empêché de faire un testament ou de révoquer un testament déjà fait, ou qui aurait supprimé, caché ou altéré un testament postérieur. ART. 727. Texte identique à l'art. 729 C. C. Fr.	Art. 1^{er}. que par ou viole une pers ses deri sitions ; des pei par la lo est hériti il sera, e chu de héréditai Art. 1^{er}. ront pro positions taires fa ront été pour avo la vie du concouru manière un atten nature el seront c violence, fraudes t tion du t

ISLATIONS COMPARÉES

uiques pour succéder

UGAIS 7	C. C. ESPAGNOL de 1889	C. C. ALLEMAND de 1900	C. C. SUISSE de 1907	PROJET du C. C. HONGROIS de 1901
Quiconque, par fraude, empêche le défunt de faire sa disposition, est coupable de crime et passible de la peine capitale; s'il n'y a pas de testament, le défunt est déclaré incapable de tester, et le testament est nul. Ne pouvant pas tester, le défunt est déclaré incapable de tester, et le testament est nul.	ART. 756. Sont incapables de succéder pour cause d'indignité : 1° les parents qui abandonneraient leurs fils, prostitueraient leurs filles ou attenteraient à leur pudeur; 2° celui qui aurait été condamné judiciairement pour attentat contre la vie du testateur, de son époux, de ses ascendants, de ses descendants. Si l'offenseur était héritier à réserve il perdrait son droit même à la réserve; 3° celui qui aurait accusé le testateur d'un délit que la loi punit d'une peine afflictive, si l'accusation est déclarée calomnieuse; 4° l'héritier majeur qui, sachant la mort violente du testateur, ne l'aurait pas dénoncé à la justice dans le délai d'un mois lorsque des poursuites n'auraient pas été exercées d'office; 5° le condamné judiciairement pour adultère avec la femme du testateur; 6° celui qui, par menace, fraude ou violence, aurait obligé le testateur à faire ou à modifier son testament; 7° celui qui, par les mêmes moyens, empêcherait une personne de faire un testament, de révoquer celui qu'elle a fait, ou qui falsifierait, cacheterait ou altérerait un acte postérieur. ART. 760. Texte identique avec l'art. 729, C. C. Fr.	ART. 2339. Est indigne de succéder : 1° celui qui a dessein et d'une manière illégale a donné ou tenté de donner la mort au <i>de cuius</i> ou l'a mis dans une position qui l'a rendu incapable jusqu'à son décès de faire ou de révoquer une disposition à cause de mort; 2° celui qui a dessein et d'une manière illégale, a empêché le <i>de cuius</i> de faire ou de révoquer une disposition à cause de mort; 3° celui qui relativement à une disposition à cause de mort du <i>de cuius</i> s'est rendu coupable de l'un des faits punissables prévus par les art. 267-274 C. Pén.	ART. 540. Sont indignes d'être héritiers ou d'acquiescer par disposition à cause de mort : 1° celui qui, à dessein et sans droit, a donné ou tenté de donner la mort au défunt; 2° celui qui, à dessein et sans droit, a mis le défunt dans un état d'incapacité permanente de tester; 3° celui qui, par dol, menace ou violence, a induit le défunt soit à faire tort à révoquer une disposition de dernière volonté ou qui l'en a empêché; 4° celui qui a dissimulé ou détruit à dessein et sans droit, une dernière disposition du défunt, dans des circonstances telles que celui-ci n'aurait pu la refaire.	ART. 1795. Sont indignes de succéder : 1° celui qui a attenté à la vie du <i>de cuius</i>; 2° celui qui, à dessein, a mis le défunt dans un état d'incapacité permanente ou, par menace ou dol et sans droit déterminé, ou empêché le défunt de révoquer une disposition à cause de mort; 3° celui qui relativement à une disposition à cause de mort du <i>de cuius</i> s'est rendu coupable de l'un des faits punissables prévus par les art. 391-406 C. Pénal.
		Dans le cas de l'art. 2, l'indignité n'a pas lieu lorsqu'avant la dévolution de la succession, la disposition à laquelle le <i>de cuius</i> a été déterminé ou relativement à laquelle l'acte punissable a été commis, est devenu inefficace, ou lorsque la disposition qu'il a été déterminé à révoquer serait devenue inefficace. ART. 2340. L'on fait valoir l'indignité en arguant de nullité l'acquisition de la succession. Cette action en nullité n'est recevable qu'après la dévolution de la succession : vis-à-vis du substitué fidéicommissaire, elle peut avoir lieu aussitôt que la succession est dévolue au grevé. Cette action ne peut avoir lieu que dans les délais fixés à l'art. 2082. ART. 2341. A qualité pour demander l'annulation quiconque tire profit de l'exclusion de l'indigne, fût-ce même seulement par suite du défaut d'un autre héritier. ART. 2342. L'annulation se poursuit par l'intentement de l'action en déclaration d'indignité de l'héritier. ART. 2343. L'action en annulation est exclue lorsque le <i>de cuius</i> a pardonné à l'indigne (<i>Idem</i> art. 1795 et fine Pr. C. C. Hongrois.) ART. 2344. Lorsqu'un héritier a été déclaré indigne, la dévolution de la succession dans son chef est réputée non avenue. La succession est dévolue à celui qui aurait été appelé si l'indigne n'avait pas vécu lors de l'ouverture de la succession; cette dévolution est réputée avoir eu lieu à l'ouverture de la succession. ART. 2345. Lorsqu'un légataire s'est rendu coupable de l'un des manquements désignés à l'art. 2339 al. 1, son droit au legs est annulé. Sont applicables les dispositions des art. 2082 et 2083, de l'art. 2339, al. 2, et des art. 2341 et 2343. Il en est de même du droit à la réserve, lorsque le réservataire s'est rendu coupable d'un manquement pareil.		

C. C. FRANÇAIS de 1804	C. C. AUTRICHIEN de 1810	C. C. ROUMAIN de 1865	C. C. ITALIEN de 1866	C. C. P de
ART. 739. La représentation est une fiction de la loi, dont l'effet est de faire entrer les représentants dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté. ART. 740. La représentation a lieu à l'infini dans la ligne directe descendante. Elle est admise dans tous les cas, soit que les enfants du défunt concourent avec les descendants d'un enfant prédécédé, soit que tous les enfants du défunt, étant morts avant lui, les descendants desdits enfants se trouvent entre eux en degrés égaux ou inégaux. ART. 741. La représentation n'a pas lieu en faveur des ascendants; le plus proche dans chacune des deux lignes exclut toujours le plus éloigné. ART. 742. En ligne collatérale, la représentation est admise en faveur des enfants et descendants de frères ou sœurs du défunt, soit qu'ils viennent à sa succession concurremment avec des oncles ou tantes, soit que tous les frères et sœurs du défunt étant prédécédés, la succession se trouve dévolue à leurs descendants en degrés égaux ou inégaux. ART. 743. Dans tous les cas où la représentation est admise, le partage s'opère par souche : si une même souche a produit plusieurs branches, la subdivision se fait aussi par souche dans chaque branche, et les membres de la même branche partagent entre eux par tête. ART. 744. On ne représente pas les personnes vivantes, mais seulement celles qui sont mortes naturellement ou civilement. On peut représenter celui à la succession duquel on a renoncé.	ART. 733 et s. Même principe que celui qui est posé dans l'art. 1924 al. 3 C. C. Aut., dans toutes les parentèles du C. C. Autrichien.	ART. 664. Texte identique à l'art. 739 C. C. Fr. ART. 665. Texte identique à l'art. 739 C. C. Fr. ART. 666. Texte identique à l'art. 742 C. C. Fr. ART. 667. Texte identique à l'art. 743 C. C. Fr. ART. 668. On ne représente que les personnes qui sont mortes. On peut représenter celui à la succession duquel on a renoncé.	ART. 729. La représentation a pour effet de faire entrer les représentants dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté. ART. 730. (Texte identique à l'art. 740 C. C. Fr. sauf ce que nous ajoutons) en degrés égaux ou inégaux et quoiqu'à égalité de degré il y ait inégalité de nombre dans quelque souche desdits descendants. ART. 731. Entre les ascendants il n'y a pas de représentation : le plus proche exclut les autres. ART. 732. Texte identique à l'art. 742 C. C. Fr. ART. 733. Texte identique à l'art. 743 C. C. Fr. ART. 734. On ne représente pas les personnes vivantes excepté lorsqu'il s'agit des <i>personnes absentes</i> ou incapables de succéder. ART. 735. On peut représenter la personne à la succession de laquelle on a renoncé.	ART. 1924. La représentation que la loi fait entrer certains parents dans la place, dans le degré et dans les droits du défunt, n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1925. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1926. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1927. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1928. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1929. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1930. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1931. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1932. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1933. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1934. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1935. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1936. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1937. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1938. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1939. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1940. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1941. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1942. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1943. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1944. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1945. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1946. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1947. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1948. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1949. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1950. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1951. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1952. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1953. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1954. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1955. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1956. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1957. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1958. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1959. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1960. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1961. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1962. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1963. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1964. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1965. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1966. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1967. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1968. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1969. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1970. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1971. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1972. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1973. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1974. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1975. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1976. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1977. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1978. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1979. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1980. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1981. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1982. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1983. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1984. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1985. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1986. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1987. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1988. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1989. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1990. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1991. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1992. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1993. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1994. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1995. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1996. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1997. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1998. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ; ART. 1999. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante ;

SLATIONS COMPARÉES

ntation

UGAIS 7	C. C. ESPAGNOL de 1889	C. C. ALLEMAND de 1900	C. C. SUISSE de 1907	PROJET du C. C. HONGROIS de 1901
la repré- eu lors- appelle ts d'une cédée à ous les els elle si elle	ART. 924. On appelle droit de représenta- tion celui qu'ont les parents d'une per- sonne, de succéder aux droits qu'elle pourrait avoir si elle vivait ou si elle pou- vait hériter.	ART. 1924, al. 3. A la place du descendant qui n'est plus en vie au moment de la dé- volution, viennent les descendants parents du défunt par son intermédiaire (Suc- cession par souches)	ART. 457. al. 3. Les enfants prédécédés sont représentés par leurs descendants qui succèdent par souche à tous les degrés. ART. 458. al. 3. Les père et mère prédé- cédés sont représen- tés par leurs descen- dants qui succèdent par souche à tous les degrés. ART. 459. al. 3. Le grand parent prédé- cédé est représenté par ses descendants, qui succèdent par souche à tous les de- grés.	ART. 1804, al. 2. A la portion d'un en- fant prédécédé suc- cède son enfant à la portion d'un petit- fils prédécédé succède son enfant et ainsi on continue en descen- dant. (Succession par souches.) ART. 1806, al. 2. A la portion du père ou de la mère prédécédé succèdent leurs descen- dants respectifs par souches. ART. 1807. al. 2. Si un aïeul est prédécédé ses descendants suc- cèdent par souches à sa portion.
sl. 1. La nest tou- dans la descen-	ART. 925, al. <i>in Princ.</i> Le droit de représen- tation aura toujours lieu en ligne descen- dante.	ART. 1925, al. 3. Si au moment de la dé- volution le père ou la mère ne vit plus, ses descendants viennent à sa place, conformé- ment aux dispositions relatives au premier ordre (art. 1924 al. 3 et 1926, al. 3). Si des aïeuls paternels ou maternels, l'aïeul ou l'aïeule n'est plus en vie au moment de la dévolution, les des- cendants du prédécédé viennent à sa place. S'il n'y a pas de descendants, la part du prédécédé revient au survivant, son conjoint, et s'il n'existe plus à ses descendants. Si au moment de la dévolution les aïeuls paternels ou les aïeuls mater- nels ne sont plus en vie et s'il n'y a pas de descendants des pré- décédés les autres aïeuls et leurs descendants prennent la place.		
l. 4. Elle lieu en ante.	ART. 925, al. 4, <i>in fine.</i> ... Mais jamais en ligne ascendante.			
En ligne a repré- t admise des en- rères et ant lors- nt à la concur- ec d'au- a sœurs.		ART. 925, al. 2. En ligne collatérale il (le droit de repr. n'aura lieu qu'en faveur des enfants des frères, qu'ils soient de double lien ou d'un seul côté.		
Les re- ne succé- e qualité auxquels e repré- t vivant.		ART. 926. Toutes les fois qu'on hérite par représentation, le par- tage de la succession se fait par branches, de façon que le ou les représentants ne reçoivent pas plus de la succession que le représenté s'il existait.		
Lorsqu'il s repré- ne même succes- ait échue onne, si se par eux par		ART. 927. S'il reste des enfants d'un ou de plusieurs frères du défunt, ils hériteront par représentation s'ils sont en con- cours avec leurs oncles. Mais s'ils sont seuls, ils hériteront par portions égales.		
		ART. 928. On ne perd pas le droit de représenter une per- sonne parce qu'on a renoncé à sa succession.		
		ART. 929. On ne peut représenter une personne vivante qu'en cas d'exhérédation ou d'incapacité.		
L'inca- éritier se personne. et ses lorsqu'il ccèdent était dé- avoir été				

C. C. FRANÇAIS de 1804	C. C. AUTRICHIEN de 1810	C. C. ROUMAIN de 1865	C. C. ITALIEN de 1866	C. C.
ART. 735. La proximité de parenté s'établit par le nombre de générations : chaque génération s'appelle un <i>degré</i>. ART. 736. La suite des degrés forme la ligne ; on appelle <i>ligne directe</i> la suite des degrés entre personnes qui descendent l'une de l'autre; <i>ligne collatérale</i>, la suite des degrés entre personnes qui ne descendent pas les unes des autres, mais qui descendent d'un auteur commun. — On distingue la ligne directe, en ligne directe descendante et ligne directe ascendante. — La première est celle qui lie le chef avec ceux qui descendent de lui : la deuxième est celle qui lie une personne avec ceux dont elle descend. ART. 737. En ligne directe, on compte autant de degrés qu'il y a de générations entre les personnes : ainsi le fils est à l'égard du père, au premier degré ; le petitfils, au second, et réciproquement du père et de l'aïeul à l'égard des fils et petits-fils. ART. 738. En ligne collatérale, les degrés se comptent par générations, depuis l'un des parents jusques et non compris l'auteur commun et depuis celui-ci jusqu'à l'autre parent. Ainsi, deux frères sont au deuxième degré ; l'oncle et le neveu sont au troisième degré ; les cousins germains, au quatrième ; ainsi de suite. ART. 730. Les enfants de l'indigne venant à la succession de leur chef, et sans le secours de la représentation, ne sont pas exclus pour la faute de leur père ; mais celui-ci ne peut, en aucun cas, réclamer, sur les biens de cette succession, l'usufruit que la loi accorde aux pères et mères sur les biens de leurs enfants. ART. 733. Toute succession échue à des ascendants ou à des collatéraux, divise en deux parts égales, l'une pour les parents de la ligne paternelle, l'autre pour les parents de la ligne maternelle. Les parents utérins ou consanguins ne sont pas exclus par les germains, mais ils ne prennent part que dans leur ligne, sauf ce qui sera dit à l'art. 752. Les germains prennent part dans les deux lignes. Il ne se fait aucune dévolution d'une ligne à l'autre, que lorsqu'il ne se trouve aucun ascendant ni collatéral de l'une des deux lignes. ART. 734. Cette première division opérée entre les lignes paternelle et maternelle, il ne se fait plus de division entre les diverses branches ; mais la moitié dévolue à chaque ligne appartient à l'héritier ou aux héritiers les plus proches en degrés, sauf le cas de la représentation, ainsi qu'il sera dit ci-après.		ART. 660. Texte identique à l'art. 735 C. C. Fr. ART. 661. Texte identique à l'art. 736 C. C. Fr. ART. 662. Texte identique à l'art. 737 C. C. Fr. ART. 663. En ligne collatérale, les degrés se comptent par générations, depuis l'un des parents jusqu'à l'auteur commun et depuis celui-ci jusqu'à l'autre parent. Ainsi deux frères sont au deuxième degré ; le neveu sont au troisième degré ; les cousins germains, au quatrième ; ainsi de suite. ART. 658. Texte identique à l'art. 730 C. C. Fr.	ART. 49. Texte identique à l'art. 735, C. C. Fr. ART. 50. Texte identique à l'art. 736 C. C. Fr. ART. 51. al. 1. Dans la ligne directe on compte autant de degrés qu'il y a de générations, non compris le chef. ART. 51. al. 2. Texte identique à l'art. 738 C. C. Fr. Voyez <i>supra</i>, art. 734.	ART. générat. degré ; degrés ligne d ART. identique al. 1. C ART. identique al. 2. C ART. identique al. 1. C ART. identique C. C. F Voyez ART. rent du proche du degré éloigné de représentation dans le est adm ART. rents du succède et non égales.
			ART. 48. La parenté est le lien qui unit les personnes descendant d'un même auteur. La loi ne reconnaît pas ce lien au delà du 40^e degré.	

ISLATIONS COMPARÉES

enté.

TUGAIS 667	C. C. ESPAGNOL de 1889	C. C. ALLEMAND de 1900	C. C. SUISSE de 1907	PROJET du C. C. HONGROIS de 1901
3. Chaque forme un suite des stitue la renté.	ART. 915. Texte identique à l'art. 735 C. C. Fr.	ART. 1589, al. 1. Le degré de parenté se détermine d'après le nombre de naissances qui les produisent.		
74. Texte l'art. 736 Fr.	ART. 916. Texte identique à l'art. 736, al. 1. C. C. Fr.	ART. 1589, al. 1. Les personnes dont l'une descend de l'autre sont parents, en ligne directe. Les personnes qui ne sont pas pa- rents en ligne directe mais qui descendent de la même personne, sont parents en ligne collatérale.		
75. Texte l'art. 736 Fr.	ART. 917. Texte identique à l'art. 736, al. 2 C. C. Fr.			
76. Texte à l'art. 51 Italien.	ART. 918, al. 1. Tex- te identique à l'art. 51, al. 1. C. C. Ital.			
77. Texte l'art. 738	ART. 918, al. 2. Tex- te identique à l'art. 738. C. C. Fr.			
ci jusqu'à ; l'oncle et s, au qua-				
z, art. 1979.	Voyez <i>supra</i> , art. 929.	Voyez tableau III, art. 2344, al. 2.	ART. 541. L'indi- gnité est personnelle. Les enfants de l'in- digne succèdent comme si leur auteur était prédécédé.	
0. Le pa- gré le plus dura celui le plus uf le droit entation as où elle	ART. 921, al. 1. Tex- te identique à l'art. 1970 C. C. Port. Al. 2. Les parents qui sont du même degré, héritent par portions égales, sauf ce qui sera dit en l'art. 949 sur le double lien.			
. Les pa- me degré t par tête portions				

CHAPITRE V

REGLES GÉNÉRALES SUR LA DÉVOLUTION DE LA SUCCESSION

SECTION I

De la parenté

§ I. — NOTIONS GÉNÉRALES

En dehors des trois qualités requises pour succéder : l'existence, la capacité et la dignité, que nous avons déjà étudiées, la loi en requiert une quatrième qui est l'existence d'un lien de parenté avec le défunt.

La parenté, c'est le lien qui unit les membres de la même famille, soit par une *descendance successive*, soit par une *descendance commune*.

Il y a descendance successive lorsque les parents descendent l'un de l'autre.

Il y a descendance commune lorsque les parents descendent d'un auteur commun.

La parenté successive. — Pour la descendance successive il y a lieu de faire une sous-distinction : chaque parent est tour à tour *ascendant* de ceux qui sont issus médiatement

ou immédiatement de lui, et *descendant* de ceux dont il est issu, médiatement ou immédiatement. Aussi, on appelle la parenté successive tantôt ascendante, tantôt descendante et c'est aussi pour cela qu'on représente la situation réciproque de ces parents par une ligne verticale formée de multiples *échelons*, nommés communément *degrés*, sur lesquels on asseoit les divers membres de la famille.

Emploi abusif du mot ligne directe. — C'est également pour cela que l'article 736, C. C. Fr.¹ appelle cette ligne, tantôt *ligne directe ascendante*, tantôt *ligne directe descendante*, selon que l'on considère le rapport de parenté d'un parent du degré supérieur à un parent du degré inférieur : père, aïeul, bisaïeul, trisaïeul ou mère, aïeule, bisaïeule, trisaïeule, etc., ou que l'on considère le rapport de parenté d'un parent d'un degré inférieur à un parent du degré supérieur : fils, petit-fils, arrière-petit-fils, ou fille, petite-fille, arrière-petite-fille, etc.

Mais ce langage est incorrect. Il n'y a pas de « première ligne » et de « deuxième ligne ». Il n'y a qu'une seule ligne et non pas deux. Il n'y a que le rapport de parenté qui peut être d'ascendance ou de descendance, il n'y a que le degré de la ligne qui peut être supérieur ou inférieur, mais la ligne est unique : elle ne saurait être, par rapport à elle-même, tantôt ascendante, tantôt descendante², tantôt « première » tantôt « deuxième ».

La parenté commune. — Les parents, issus d'un auteur commun, sont appelés *parents collatéraux*, parce qu'on

(1) Il en est de même pour les articles correspondants des Codes étrangers. Voyez *suprà*, *Tableau de législations comparées*, p. .

(2) Demolombe, XIII, n. 323.

figure le rapport de parenté qui les relie par deux lignes latérales qui n'ont qu'un seul point de contact, celui du départ de l'auteur commun et qu'on a baptisé « ligne collatérale ».

Emploi abusif du mot ligne collatérale. — Les termes de ligne collatérale sont donc incorrects. On ne peut guère s'imaginer une ligne collatérale¹ dans le sens de notre figure de la parenté collatérale, car « *ligne collatérale* » suppose *une ligne*, alors que la parenté collatérale suppose nécessairement *deux lignes*.

Diverses catégories de collatéraux. — On ne peut pas distinguer dans la ligne des collatéraux, des collatéraux ascendants et des collatéraux descendants, mais on pourrait les appeler tantôt *collatéraux supérieurs* : oncle, tante, grand-oncle, grand'tante, etc., tantôt *collatéraux à degré égal* : frère et sœur, cousins, etc., tantôt *collatéraux inférieurs* : neveux, nièce, petit-neveu, petite nièce, etc.

Importance de ces distinctions. — Mais la distinction en collatéraux supérieurs, à degré égal et inférieurs ne présente de l'importance que dans un seul cas : lorsqu'il s'agit d'oppositions à mariage. En effet la loi ne permet pas aux collatéraux inférieurs de faire opposition au mariage des collatéraux supérieurs (Comp. C. C. Fr., art. 174)².

(1) *Ibid.*, *loc. cit.*

(2) Même dans cette hypothèse la distinction est injustifiable. — Ce n'est pas à dire qu'on n'a pas essayé de la justifier. On a dit en effet que les neveux ou nièces doivent du respect aux frères et sœurs de leurs père et mère (Planiol, I, n. 806). — Mais comme il peut arriver que les neveux et nièces fussent plus âgés que les oncles et tantes, nous ne voyons pas très bien la justification de l'obligation au respect.

Il n'en est pas de même pour la distinction des parents de la ligne directe en ascendants et descendants, car et leur appel à la succession et le quantum de leurs droits successoraux sont différents.

Exceptions au principe de la parenté. — Ces principes de la parenté, et ceux qui vont suivre, ne s'appliquent qu'aux parents légitimes ou légitimés. La parenté naturelle n'existe qu'entre celui des père et mère qui a reconnu l'enfant et l'enfant reconnu et sa descendance. Il en est de même pour la parenté adoptive qui ne produit de rapports de parenté qu'entre l'adoptant et l'adopté et sa descendance. Pour la descendance de l'adopté, on lui a contesté la parenté avec l'adoptant. Nous y reviendrons.

§ II. — DE LA PARENTÉ PATERNELLE ET MATERNELLE

On appelle *parent paternel* ou *consanguin* celui auquel on est relié du côté de son père et *parent maternel* ou *utérin*, celui auquel on est relié du côté de sa mère. Malgré leur apparente clarté, ces termes ont besoin de quelques éclaircissements pour être bien compris.

Sont parents de la ligne paternelle, ceux qui sont reliés au défunt non seulement par leur père, mais même par les parents maternels du côté de leur père : aïeule paternelle ; sont parents de la ligne maternelle, ceux qui sont reliés au défunt non seulement par leur mère, mais même par les parents paternels du côté de leur mère : aïeul maternel.

Une autre difficulté se présente lorsqu'il s'agit de déter-

miner les personnes entre lesquelles le rapport de parenté doit exister.

Il faut toujours se référer au défunt puisque c'est à lui qu'on succède, c'est donc par rapport à lui qu'on détermine les parents paternels et les parents maternels : ce sont donc ses parents paternels ou maternels qu'il faut rechercher et non les parents de celui qui réclame la succession.

Ainsi, je ne suis pas parent paternel du défunt par cela même que je suis son parent par l'intermédiaire de mon père, mais seulement si je suis descendant du père du défunt¹.

Il peut même arriver que le défunt et son successible ne soient pas réciproquement parents du même côté. Je peux être parent du défunt du côté de sa mère, alors que le défunt est mon parent du côté de mon père.

Par exemple, je suis le parent maternel des enfants de ma sœur consanguine parce que je suis relié à eux par leur mère, tandis qu'ils sont mes parents paternels parce qu'ils se rattachent à moi par mon père².

Dans ce cas, c'est dans la ligne maternelle que je succéderai à leur succession ; au contraire, si c'est ma succession qui s'ouvre, c'est dans la ligne paternelle qu'ils viendront recueillir mes biens.

§ III. — DE LA PARENTÉ GERMAINE ET DU DOUBLE LIEN.

TERMINOLOGIE. — Il peut arriver que l'on soit uni à quelqu'un, non seulement du côté paternel ou du côté maternel,

(1) Laurent, IX, n. 33.

(2) Laurent, IX, n. 33 ; Baudry et Wahl, n. 308.

mais des deux côtés à la fois. On appelle généralement — en droit — les premiers, *parents consanguins*, les seconds, *parents utérins* et les derniers *parents germains*. On les appelle encore, les premiers, *parents du double lien*, les seconds et les derniers, *parents unilatéraux*.

DESCENDANTS GERMAINS. — Les descendants sont toujours parents germains du défunt. Ils lui sont toujours apparentés et du côté de son père et du côté de sa mère. Cela peut paraître difficile à comprendre, mais cela est néanmoins de toute évidence, car il ne faut pas oublier que pour établir le lien de parenté ce n'est pas aux parents paternels ou maternels du successible par rapport au *de cujus* qu'il faut se rapporter, mais aux parents paternels ou maternels du *de cujus* par rapport au successible.

Or, si je descends de Primus, je suis forcément son parent et du côté de son père et du côté de sa mère, soit que je sois enfant, petit-enfant, arrière-petit-enfant, etc., de Primus. On ne peut pas descendre de quelqu'un sans descendre en même temps de ses père et mère. Chaque enfant a deux ascendants au premier degré : les père et mère ; quatre ascendants au deuxième degré : l'aïeul et l'aïeule paternels et l'aïeul et l'aïeule maternels ; huit ascendants au troisième degré, et ainsi de suite.

La parenté germaine descendante, présente, au point de vue successoral, cette importance qu'elle évite, dans l'ordre des descendants, l'application de la fente, dans les législations où celle-ci est admise.

ASCENDANTS GERMAINS. — C'est le contraire qui est vrai pour les ascendants, qui ne sont généralement parents du défunt que d'un seul côté, soit du côté paternel, soit du

côté maternel. Le père de mon père ne peut pas être mon parent du côté de ma mère ; le père de ma mère ne peut pas être mon parent du côté de mon père. Aussi, certaines législations, ainsi que nous le verrons, divisent la succession entre les deux lignes, lorsque ce sont des ascendants qui la recueillent, et attribuent des parts égales à chaque ligne. Exceptionnellement, un ascendant peut être parent germain du *de cujus*. Il en est ainsi pour les ascendants des parents de la même souche qui ont contracté mariage ensemble, par rapport aux enfants issus de ce mariage. Ainsi, Primus a deux enfants ; Secundus et Tertius qui ont, le premier un garçon et le second une fille qui ont contracté mariage ensemble, mariage dont il est résulté des enfants. Primus est ascendant germain de ces enfants parce qu'il est leur ascendant et du côté de leur mère fille de son fils Tertius, et du côté de leur père, fils de son fils Secundus.

COLLATÉRAUX GERMAINS. — Les frères et sœurs issus du même père et de la même mère sont parents germains ; les frères et sœurs issus du même père mais de mère différente sont parents consanguins ; les frères et sœurs issus de la même mère mais de père différent sont parents utérins.

Les descendants des frères et sœurs, sont appelés, dans le langage courant, *des cousins germains*. Mais il n'en est pas de même en droit, où, généralement, les descendants des frères et sœurs, — même des frères et sœurs germains — ne sont parents du *de cujus* que dans une seule ligne, consanguine ou utérine. Le descendant du frère ou de la sœur de mon père est mon *cousin paternel* ; le descen-

dant du frère ou de la sœur de ma mère est mon *cousin maternel*. — C'est pourquoi, comme pour les ascendants, certaines législations divisent la succession entre les deux lignes, lorsque ce sont les collatéraux qui la recueillent. Exceptionnellement, il peut arriver, que les descendants de frères et sœurs soient néanmoins des parents germains au sens de la loi. Il en sera ainsi lorsqu'il y aura eu mariage entre parents.

§ IV. — DE LA PREUVE DE LA PARENTÉ

La succession n'étant accordée dans une certaine mesure qu'aux parents légitimes du défunt, la preuve de la successibilité se confond avec la preuve de la parenté légitime. On ne pourra donc, en principe, prouver la successibilité que par un acte de naissance, conformément à l'article 319 C. C. Fr.

La jurisprudence admet néanmoins le contraire ¹ en se fondant sur la tradition, qui distinguait les *actions d'état* et les *questions de généalogie*.

Mais les partisans des deux systèmes sont également d'accord pour l'application de l'article 46 C. C. Fr., partant de l'admission de la preuve tant par titre que par témoins au cas de non existence ou de perte des registres. Il en est de même s'il s'agit de prouver une filiation qui

(1) V. Cass. req., 9 avril 1894. S., 94. I. 288 ; Agen, 18 janv. 1893. S., 94. 2. 82. — Dans le même sens la jurisprudence roumaine qui admet la preuve par tous moyens et même par « un acte de notoriété dont la valeur est celle d'une présomption ». Cass. roum., I, 15 mai 1901 ; B. 1901, p. 793. — Idem, Laurent, IX, n. 36.

remonte dans le passé à une époque antérieure à l'organisation des actes de l'état civil.

SECTION II

Des classes ou ordres d'héritiers

Au point de vue de l'ordre dans lequel sont appelés les héritiers, les législations que nous étudions se divisent en deux groupes dont le système est complètement différent : les ordres d'héritiers et les parentelles d'héritiers. Le premier système est accepté par les législations latines, France, Italie, Roumanie, Espagne et Portugal, auxquelles il faut ajouter la Belgique. Le deuxième système est celui qu'adoptent les législations Allemandes : Autriche, Allemagne, Suisse et Hongrie. A l'intérieur de chaque système, il y a de nombreuses variétés. A raison du peu de similitude que présentent ces deux groupes, il est impossible d'employer la méthode d'étude que nous avons poursuivie jusqu'ici. Nous étudierons donc séparément le système des ordres de successeurs et celui des parentelles. Mais à l'intérieur de chaque système nous conserverons notre méthode de groupement et de classification.

§ I. — DE L'ORDRE

I. — *Notions générales*

Définition. — On appelle classe d'héritiers ou ordre d'héritiers, certains parents qui sont appelés à la succession avant les autres. Les parents du premier ordre,

excluent donc les parents du second ordre, ceux du second ordre excluent ceux du troisième, et ainsi de suite.

Mais, lorsque la fente est admise, il y a lieu de combiner les deux principes : celui de l'ordre et celui de la fente, combinaison qui aboutit au concours des ascendants avec des collatéraux c'est-à-dire d'un ordre avec un autre ordre suivant.

Ainsi les ascendants du second ordre, — père ou mère — peuvent concourir avec les ascendants du troisième ordre et même avec les collatéraux du quatrième ordre ; les ascendants du troisième ordre peuvent concourir avec les collatéraux du quatrième ordre.

II. — *Historique*

La Novelle 118 de l'an 543, divisait les successeurs en trois ordres : les descendants, les ascendants et les collatéraux : *Omnis generis ab intestato successio tribus cognoscitur gradibus, hoc est ascendentium et descendantium et ex latere*. Mais la doctrine, combinant les textes, reconnaît quatre ordres, en constituant un ordre à part des père et mère et frères et sœurs et descendants de ceux-ci au premier degré¹.

L'ancien droit français acceptait la division romaine dans les pays du Midi. Dans les pays des coutumes on distinguait les successeurs selon l'origine et la nature des biens. En première ligne succédaient les descendants.

En seconde ligne les ascendants qui succédaient aux acquêts, mais ne recueillaient des propres que ceux qui

(1) Girard, *Manuel*, p. 817.

provenaient de la ligne à laquelle ils appartenaient. Les propres qui provenaient de l'autre ligne étaient attribués aux collatéraux à défaut d'ascendants dans la ligne d'origine des propres, par application de l'adage : *propres ne remontent pas* (Cout. de Paris, art. 312). La mère ne succédait donc pas aux propres laissés par son fils s'ils venaient de la ligne paternelle de celui-ci.

En troisième ligne succédaient les collatéraux, également selon les distinctions entre les acquêts et les propres. On tenait compte aussi du privilège du double lien.

La législation révolutionnaire, supprima toute distinction tenant à la nature et à l'origine des biens, égalisa les droits et revint à la règle romaine qui s'était conservée dans les pays de droit écrit.

Ancien droit roumain. — La législation était différente selon les provinces. Dans la Valachie on ne connaissait que trois ordres : descendants, ascendants et collatéraux¹. Dans la Moldavie on connaissait en outre les ascendants et les collatéraux privilégiés²; mais une législation postérieure organisa autrement les quatre classes d'héritiers : a) les descendants; b) les ascendants et les frères et sœurs germains et leurs descendants; c) les frères et sœurs con-

(1) Code d'Ipsilante, *Pentru diata*, art. 2; Code de Caradjea, p. iv, ch. III, *Pentru mostenire sau chironomie*, art. 16, 19, mais ce dernier Code admet, dans certains cas exceptionnels, le concours des frères et sœurs (*Ibid.*, art. 180).

(2) Code d'Alexandre Donici, ch. xxxvii, *Despre mostenirea ceafura diata*, art. 1 comb. art. 4, 5, 7. Mais il y a toujours trois ordres seulement, car les collatéraux privilégiés concourent avec les ascendants privilégiés, à leur défaut avec les ascendants ordinaires. Voyez *infra*, p. 415, note 1.

sanguins ou utérins et leurs descendants; d) tous les autres parents par proximité de degré ¹.

II. — *Droit moderne*

La question n'est pas résolue de la même façon par toutes les législations. En dehors du système des parentelles que nous étudions à part, les législations qui admettent les ordres se divisent en deux groupes, le premier de quatre ordres et le second de trois ordres seulement. La délimitation du nombre d'ordres, malgré toute son importance, n'a pas été faite par la loi, ou du moins on n'admet pas celle que la loi a faite.

1. — *Premier groupe*

Dans le groupe des quatre ordres il y a une scission quant aux parents qui composent chacun de ces ordres. — Il y a deux systèmes. Un système français suivi par la loi roumaine et un système portugais adopté par le code espagnol.

Système français. — L'art. 731 C. C. Fr. parle de trois ordres : les descendants, les ascendants et les collatéraux et le Code traite dans trois sections successives des successions déférées aux descendants, des successions déférées aux ascendants et des successions déférées aux collatéraux. Mais il y a un quatrième ordre dont la loi parle incidemment dans les art. 748 et 751, et qui comprend les père et mère du défunt et ses frères et sœurs ou les frères et sœurs seuls.

¹) Code de Callinaki, art. 915.

Ce concours des père et mère avec les frères et sœurs est permanent ; il existe toutes les fois que le *de cujus* est mort sans descendants et il existe par la volonté particulière de la loi en dehors de tout autre principe. Il est donc raisonnable d'y voir un ordre indépendant, malgré la division de la loi et de le qualifier comme on fait, le deuxième, parce que, en effet, les héritiers qui le composent sont préférés aux ascendants ordinaires que la loi appelle en troisième ordre. Mais il peut arriver aussi que les ascendants, — père et mère du second ordre, ou les ascendants ordinaires du troisième ordre — concourent avec les collatéraux du quatrième ordre. Faut-il voir là un ordre indépendant, comme certains l'ont cru¹ ?

Nous ne le pensons pas.

En effet, rien ne justifie dans ce concours la constitution d'un ordre indépendant, car le concours entre les ascendants et les collatéraux n'est pas une création arbitraire du législateur mais le résultat de l'application normale des principes de la fente.

Système Portugais. — Les Codes Portugais et Espagnol² qu'admettant aussi quatre ordres d'héritiers, se distinguent des Codes Français et Roumain par la composition de ces ordres. Le premier comprend les descendants ; le deuxième comprend tous les ascendants ; le troisième, les collatéraux privilégiés et le quatrième, les collatéraux

(1) Laurent, IX, n. 39.

(2) Pour rendre exacte la physionomie de ces législations nous devons attirer l'attention du lecteur que le conjoint survivant y est préféré aux collatéraux (art. 2003, C. C. P. et art. 952, C. C. Esp.). Il y a donc exactement cinq ordres : mais nous ne nous occupons dans notre étude que des ordres concernant les parents légitimes.

ordinaires, jusqu'au dixième degré en Portugal, jusqu'au sixième degré seulement en Espagne.

Ce système présente donc deux différences notables avec le premier :

1° Il n'y a pas de concours entre les père et mère et les collatéraux privilégiés ;

2° Ce sont les ascendants à tous degrés qui sont préférés aux collatéraux privilégiés.

D'autres différences existent à l'intérieur de chaque ordre au point de vue de la proximité du degré, de la fente ou de la représentation. Nous en parlerons en temps utile. (Ne pas oublier de consulter nos tableaux de législation comparée).

2. — Deuxième groupe

La législation italienne est la seule législation latine qui ne connaît que trois ordres de successeurs. Cela a d'ailleurs été contesté, comme nous le verrons plus loin.

Critique du Code Italien. — Le Code Italien est celui dont la méthode d'exposition est la plus défectueuse en la matière. Au lieu de consacrer, à l'exemple des autres Codes, une section indépendante à chaque ordre, il a donné une suite d'articles qui passent d'un ordre à l'autre, sans transition et qui n'observent même pas la disposition naturelle des ordres.

C'est ainsi que l'art. 739 traite de la succession des ascendants lorsqu'ils sont seuls appelés, alors que c'est seulement l'art. 740 qui s'occupe du concours des père et mère ou autres ascendants avec les frères et sœurs,

bien que l'art. 738 faisait déjà pressentir ce concours¹.

C'est le Code Portugais qui contient l'exposition la plus méthodique des ordres de succession.

Combien y a-t-il d'ordres en droit italien. — La loi ne parle que de trois ordres descendants, ascendants et collatéraux, tout comme le Code Civil Français. Les auteurs se prononcent généralement pour trois ordres².

Mais on a critiqué cette division tripartite et on a voulu lui substituer une division en 4 ordres³ qui serait identique à celle du premier groupe, avec cette seule différence que les concours des collatéraux privilégiés n'a pas seulement lieu avec les père et mère, mais avec tous les ascendants. Il y aurait donc 1°) descendants ; 2°) ascendants et collatéraux privilégiés ; 3°) ascendants seuls ; 4°) collatéraux.

Nous repoussons, pour les raisons que nous allons exposer et qui nous sont personnelles, cette critique, car nous ne voyons réellement que trois ordres dans toutes les combinaisons possibles du Code Italien.

En effet, dans le droit italien, les ascendants jouent dans le deuxième ordre la même fonction d'accaparement que jouent les collatéraux privilégiés dans le deuxième ordre du Code civil Français. Ils viennent tantôt en concours, tantôt seuls. Et puisqu'on ne fait pas des collatéraux privilégiés, en droit français, un ordre indépendant quand à défaut de père et mère ils prennent toute la succession, on ne doit pas non plus faire des ascendants en droit ita-

(1) Roguin, *op. cit.*, I, n. 426.

(2) Mazzoni, p. 127.

(3) De Filippis cité par Roguin, I, n. 426 qui l'approuve.

lien un ordre distinct quant à défaut de frère et sœur ils prennent toute la succession. Expliquons-nous.

En droit français, on fait un ordre des ascendants privilégiés et des collatéraux privilégiés *ou des collatéraux privilégiés seuls* à défaut des père et mère et un ordre distinct des ascendants qui ne viennent qu'à défaut de père et mère et de frère et sœur ou leur postérité.

En droit italien, viennent en concours avec les frères et sœurs, non pas seulement les père et mère, mais tous les ascendants à défaut des père et mère ou tous les ascendants seuls à défaut des frères et sœurs.

Puisqu'on met les collatéraux privilégiés, en droit français, dans le deuxième ordre, soit qu'ils viennent seuls, soit qu'ils viennent en concours avec les père et mère, on doit également placer dans le deuxième ordre, en droit italien, les ascendants, soit qu'ils viennent en concours avec les frères et sœurs, soit qu'ils viennent seuls.

Puisqu'il faut bien que les ascendants, autres que les père et mère, soient dans le deuxième ordre quand ils viennent en concours, pourquoi ne les laisserait-on pas dans cet ordre quand ils viennent seuls? Il y a dans le deuxième ordre français un accaparement au profit des frères et sœurs; il y a dans le deuxième ordre italien un accaparement au profit des ascendants. C'est le même phénomène qui se passe. Ce sont seulement les agents moteurs qui ne sont plus les mêmes.

Nous n'acceptons donc que trois ordres en droit italien : 1° les descendants; 2° les ascendants en concours avec les frères et sœurs ou seuls; 3° les collatéraux ordinaires¹.

(1) Cette division a existé dans l'ancien droit roumain. Code d'Alexandre

IV. — *Critique de la législation en matière d'ordres de successeurs*

Les législations latines composent donc les ordres de successeurs selon trois systèmes.

Dans un système, on fait concourir les père et mère avec les frères et sœurs et on préfère ceux-ci aux autres ascendants (France, Roumanie) ; dans un autre système, qui est l'opposé du premier, on préfère tous les ascendants aux frères et sœurs qu'on rejette ainsi dans le troisième ordre (Portugal, Espagne) ; enfin dans un système intermédiaire on maintient les frères et sœurs dans le deuxième ordre, mais on les fait concourir, non seulement avec les père et mère, mais avec tous les autres ascendants (Italie).

Lequel de ces trois systèmes est préférable ? Disons de suite que le premier est le moins bon. Quant aux deux autres, ils ont l'un et l'autre des avantages et des inconvénients.

Il est incontestable que le système portugais est préférable et au système français et au système italien, puisqu'il admet les père et mère en dehors du concours des collatéraux même privilégiés.

Nous estimons en effet qu'il est manifestement contraire à la volonté du défunt de faire partager la succession

Donici, ch. xxxvii, *Despre mostenirea ceu fara diata*, l'art. 1, qui ne parle que de descendants, ascendants et collatéraux. Mais les art. 5 et 7 organisent — tout comme dans le droit italien moderne — un concours entre les père et mère ou les autres ascendants à leur défaut, avec les frères et sœurs. Il y a donc réellement l'ordre des descendants, l'ordre des ascendants et collatéraux privilégiés et l'ordre des collatéraux ordinaires (art. 9).

entre père et mère avec les frères et sœurs. Le père est toujours plus proche que le frère.

Entre frères souvent, trop souvent peut-être, des rivalités et des animosités surviennent qui les séparent pour toute la vie. Cela arrive bien moins souvent entre père et fils.

Dans un autre ordre d'idées, le fils a envers ses père et mère un devoir immense, alors qu'il n'en a aucun envers ses frères et sœurs.

Les premiers lui ont donné la vie, l'ont élevé, lui ont fourni les moyens de vivre et de gager les biens qui composent leur succession.

En succédant à son fils, le père ou la mère, ne fait que rentrer dans ce qu'il a déboursé.

Au contraire, rien de tout cela n'existe entre frères. Dès lors, n'est-il pas contraire à une bonne interprétation de la volonté présumée de donner au père et à la mère un quart à chacun, alors qu'on donne la moitié ou trois quarts au frère ? Ou comme le code Italien un tiers au père, un tiers à la mère et un tiers au frère ? Il se peut même que dans le système de ce code le père et la mère n'aient chacun qu'un sixième.

Mais il est aussi incontestablement contraire à la volonté du défunt de donner tout aux autres ascendants et rien aux frères et sœurs. Car, comme nous l'avons dit, suivant un ancien auteur, l'affection ne remonte pas ; au contraire, les parents morts, les collatéraux se rapprochent. Le malheur commun fait oublier les rivalités. Au point de vue de l'obligation dont est tenu le fils envers ses père et mère, elle n'existe pas non plus envers les aïeuls.

Le fils se doit tout à son père, mais il ne doit rien — du moins directement — à son aïeul. Mais s'il n'est pas bon de préférer les ascendants ordinaires aux collatéraux privilégiés, il n'est pas bon non plus de préférer ceux-ci à ceux-là, car le petit-fils a toujours une certaine affection envers son aïeul. Il est donc préférable, comme le fait le Code Italien, de faire concourir les frères et sœurs avec les autres ascendants.

V. — *Proposition d'un nouveau système des ordres
successoraux*

Pour les motifs que nous venons d'exposer, nous repoussons le concours des père et mère avec les frères et sœurs, mais nous admettons le concours des frères et sœurs avec les ascendants ordinaires. Cela nous amène à dire que le groupement idéal des ordres de successions serait le suivant : 1^o descendants, 2^o père et mère, 3^o ascendants ordinaires en concours avec les frères et sœurs, 4^o collatéraux ordinaires.

§ II. — DES DEGRÉS ET DE LEUR COMPUTATION

Nous avons déjà dit que la parenté est figurée par une ligne ou échelle dont les gradins s'appellent degrés. *Le degré*, c'est donc la distance qui sépare deux échelons. Selon qu'il y a plus ou moins d'échelons entre deux parents, ceux-ci seront parents à un degré plus ou moins éloigné.

La façon de compter les degrés, en droit moderne, nous vient du droit romain.

En ligne directe, on compte autant de degrés qu'il y a de générations : le fils est à l'égard du père au premier degré ; le petit-fils au second ; et réciproquement le père et l'aïeul à l'égard du fils et du petit-fils.

En ligne collatérale — l'inexactitude du terme est ici manifeste — comme il y a réellement deux lignes qui partent d'un auteur commun mais ont chacune une direction différente on monte d'un des parents jusques à l'auteur commun et on descend sur l'autre ligne jusqu'au *de cujus*. Ainsi, deux frères sont parents au deuxième degré ; l'oncle et le neveu au troisième, les cousins germains au quatrième et ainsi de suite¹.

Critique des Codes Italien Portugais et Espagnol. — Le Code Italien, dans l'article 31 ; le Code Portugais, dans l'article 1976 et le Code Espagnol dans l'article 918, disent que dans la ligne directe on compte autant de degrés qu'il y a de générations *non compris le chef*. Or, il s'en suivrait que le fils est au même degré que son père, le petit-fils au premier degré par rapport à son aïeul et ainsi de suite.

Critique des Codes Français, Italien et Portugais. — Il est inexact que, pour compter les générations, on monte depuis l'un des parents jusques et *non compris* l'auteur commun et depuis celui-ci jusqu'à l'autre parent². C'est le

(1) En droit canonique, la computation ne se fait pas de la même façon en ligne collatérale. On monte de la ligne la plus longue jusqu'à l'auteur commun sans descendre à l'autre terme de la comparaison. Les frères sont donc parents au premier degré ; l'oncle et le neveu au deuxième ; les cousins germains également au deuxième et ainsi de suite. Cette façon de compter est abandonnée en droit civil. Il n'y a que le Code Espagnol qui la reconnaît implicitement dans son article 919, mais seulement pour les empêchements au mariage canonique.

(2) Demolombe, XIII, n. 325. — Alexandresco, III, p. 259, n. 2 et 3.

contraire qui est vrai, on monte depuis l'un des parents jusques et y *compris* l'auteur commun. En effet, si on ne comptait pas l'auteur commun, deux frères seraient parents au premier degré, l'oncle et le neveu au deuxième, et ainsi de suite. Ce serait donc la computation canonique. L'inexactitude de l'article 738 C. C. Fr. a été reproduite par les articles 51 C. C. Italien et 1977 C. C. Portugais. Au contraire le C. C. Roumain, article 663, malgré les précédents de la législation antérieure, s'exprimait aussi inexactement¹ que le Code Français et a eu soin de ne pas employer les mêmes termes. Le Code Espagnol, article 918, a suivi le Code Roumain.

§ III. — DE L'IMPORTANCE DE L'ORDRE ET DU DEGRÉ

Pour examiner la qualité requise pour succéder, ce n'est pas au degré de parenté qu'on s'attache d'abord, mais à l'ordre d'héritiers. Un parent au deuxième degré est donc préféré à un parent au premier degré si celui-ci ne fait partie que du second ordre alors que celui là fait partie du premier ordre appelé. Ainsi, par exemple, si le *de cujus* a laissé un petit-fils qui est son parent au deuxième degré et son père qui est parent au premier degré, ce sera le petit-fils qui succèdera à l'exclusion du père, parce qu'il fait partie du premier ordre, alors que le père fait partie du second ordre.

Mais, à l'intérieur de chaque ordre, c'est par proximité de degré qu'on appelle les héritiers. Un parent au premier degré est préféré à un parent au deuxième degré ;

(1) C. de Callimaki, art. 58.

un parent au deuxième degré est préféré à un parent au troisième degré et ainsi de suite. Si, à l'intérieur de l'ordre appelé, il y a plusieurs parents au même degré, ils viennent avec des droits égaux et partagent par tête (C. C. Fr., art. 745, 746, 753).

La représentation, qui fait monter les parents du degré plus éloigné dans la place et dans le degré du prédécédé et la division de la succession, dans le cas où l'une et l'autre est admise, font échec aux règles que nous venons de voir.

SECTION III

De la division de la succession

Généralités

Au point de vue de la division de la succession entre les successeurs, les législations se divisent en trois groupes : le premier admet la division de la succession par lignes entre les ascendants et les collatéraux ; le second repousse toute division et dévolue l'hérédité uniquement au parent le plus proche en degré quelle que soit la ligne à laquelle il appartient ; un troisième système, intermédiaire entre les deux premiers, admet la fente dans certains cas et la repousse dans certains autres.

§ I — PREMIER GROUPE. — SYSTÈME DE LA FENTE

I. — *De la fente*

Lorsqu'une succession est échue à des ascendants ou à des collatéraux, elle se divise en deux parts égales, dont

l'une est attribuée à la ligne paternelle et l'autre à la ligne maternelle du *de cujus* (art. 733, C. C. Fr.).

C'est là une grave dérogation tant au principe de la dévolution de la succession par ordre d'héritiers, qu'au principe de la dévolution de la succession par proximité de degré à l'intérieur de l'ordre. Un ascendant privilégié du second ordre peut ainsi concourir avec un ascendant ordinaire du troisième ordre ou un collatéral ordinaire du quatrième ordre, fut-il même au douzième degré.

On n'applique donc la règle de la proximité de degré dans les deuxième, troisième et quatrième ordre qu'à l'intérieur de la ligne. Un parent au premier degré de la ligne paternelle concourra avec un parent du douzième degré de la ligne maternelle, mais dans la ligne paternelle le parent du degré le plus proche recueille toute la part attribuée à la ligne dont il fait partie, à l'exclusion du parent plus éloigné.

C'est à la loi de nivôse que nous devons la fente. Elle a voulu remplacer l'ancien principe *paterna, paternis, materna, maternis* d'après lequel on attribuait les propres paternels à la ligne paternelle et les propres maternels à la ligne maternelle¹.

Mais cette substitution n'a pas été très heureuse car le nouveau mode de partage — *dimidium paternis, dimidium maternis* — a le double défaut de n'être ni conforme à la volonté du *de cujus*, ni conforme à l'équité.

L'ancienne règle avait pour elle, au moins l'esprit d'équité et le désir justifiable dans une certaine mesure de conserver les biens à la famille d'où ils sont sortis, *suum*

(1) Schulte, *op. cit.*, p. 522.

cuique. Or, la nouvelle règle donne à une ligne la moitié des biens provenant de l'autre ligne.

Il est donc inexact de dire que les auteurs du Code se sont inspirés des deux principes : la proximité de parenté et la conservation des biens dans la famille d'où ils provenaient¹. Ni l'un ni l'autre de ces principes n'ont guidé les rédacteurs du Code, puisque la proximité de parenté est exclue dans trois ordres sur quatre et que la fente aboutit à une véritable spoliation plus qu'à la conservation des biens dans la famille. Il n'y a qu'un seul moyen de justifier l'admission de la fente, c'est de l'expliquer non par la conservation des biens, mais par le désir du législateur de morceler les héritages afin de niveler les fortunes, condition essentielle à l'existence d'une société démocratique². C'est là, nous semble-t-il, tout le contraire du désir de conserver les biens dans la famille.

La fente est également contraire à l'affection naturelle du *de cuius* qui se porte généralement et naturellement, sur les parents du degré le plus proche sans se préoccuper de la ligne à laquelle ils appartiennent. Or, la fente arrive à faire concourir ceux-ci avec des parents que le *de cuius* n'a peut-être même pas connu, à supposer qu'il n'ait pas ignoré même leur existence.

Au point de vue de son champ d'application, la nouvelle règle est plus large que l'ancienne. Celle-ci ne s'appliquait en effet qu'aux propriétés immobilières propres. La distinction des propres et des acquêts ayant été abolie, tous les biens sans distinction de nature — meubles ou

(1) Laurent, IX, n. 43.

(2) Huc, le C. C. Italien, I, p. 184.

immeubles — ni d'origine — propres ou acquêts — tombent sous l'application de la division par lignes.

Conséquences de l'admission de la fente. — La succession se divise donc entre les deux lignes de parenté par moitié égale, sans égard à l'ordre ou à la proximité de degré des parents successibles dans une ligne par rapport à l'ordre et à la proximité de degré des parents successibles dans l'autre ligne. A l'intérieur de chaque ligne, le plus proche exclut le plus éloigné. Mais si dans une ligne, il fait défaut de parents au degré successible, il s'opère une dévolution au profit de l'autre ligne, qui recueille ainsi toute la succession (art. 733, al. 3).

Exceptions au principe de la fente. — Il y a une première exception à l'admission de la fente, au cas de concours des père et mère avec les frères et sœurs. Le quantum attribué à chaque ligne, qui est normalement de la moitié de la succession, est ici autrement dévolu. Le père et la mère ont chacun un quart ; la part du défailant n'accroît pas à son conjoint survivant, mais aux frères et sœurs. Le père prendra (ou la mère) le quart ; les frères et sœurs les trois quarts. Il n'y a aucun bon motif pour justifier cette attribution¹ ; mais elle est néanmoins comme cela. Il y a une seconde exception lorsque les frères et sœurs sont tous ou consanguins ou utérins. Dans ce cas, il n'y a pas lieu à l'application de la fente. Les frères et sœurs consanguins ou utérins du *de cuius* prendront à eux seuls toute la succession — sauf le droit des père et mère. Il arrive donc qu'un défunt, dont toute la fortune vient de sa mère, laisse toute sa succession à des parents consan-

(1) Laurent, IX, n. 41.

guins à l'exclusion de tous les parents maternels. « C'est une véritable spoliation »¹.

Il n'est pas possible non plus de justifier cette règle².

II. — *De la refente*

Mais on pourrait imaginer que chacune des deux lignes se subdivise à son tour en deux lignes, paternelle et maternelle.

La ligne paternelle du défunt se divise à son tour en une branche paternelle et une branche maternelle; la ligne maternelle se divise à son tour en une branche paternelle et une branche maternelle.

La question se pose de savoir si de la moitié de la succession attribuée à chacune des deux lignes de parenté du défunt, on fera deux parts égales dont une part — soit un quart — sera dévolue à la branche paternelle, et une part — soit l'autre quart — à la branche maternelle. Et ainsi à l'infini. C'est ce qu'on a appelé la refente.

Prohibition de la refente. — Quelques coutumes l'admettaient anciennement³, mais l'article 734 l'a prohibé. En effet l'admettre ce serait admettre un nombre infini d'héritiers, morceler d'une façon exagérée les propriétés et grever les successions de frais qui dépasseraient souvent la valeur recueillie par les héritiers. Attribuer la moitié à la ligne paternelle et la moitié à la ligne maternelle, ce serait attribuer la succession au parent le plus proche en degré du défunt sans égard à la branche dont il fait partie.

(1) Viollet, p. 856.

(2) Laurent, *loc. cit.*

(3) Planiol, III, n. 1790.

Mais certains auteurs qui condamnent la fente, réclament l'admission de la refente. Pourquoi, s'est-on demandé, lorsque le défunt a laissé du même côté paternel ou maternel un aïeul et un bisaïeul mais de lignes différentes, ne pas admettre la subdivision? Le défunt ne devait-il pas des aliments à l'un et à l'autre¹?

Mais nous ne voyons guère ce que l'obligation alimentaire a à faire ici. La succession *ab intestat* n'est pas l'équivalent de l'obligation alimentaire et ce n'est pas l'obligation alimentaire qui est le fondement de la transmission successorale. La réserve, mais elle seule, doit être considérée comme l'équivalent du devoir de fournir des aliments².

Admission exceptionnelle de la refente. — La refente est néanmoins admise dans un cas. L'article 734 qui la prohibe fait une exception pour le cas prévu par l'article 743 qui est celui de la représentation et 752 quand il y a concours entre frères et sœurs germains et unilatéraux³.

Si les frères et sœurs sont du même lit, la succession se partage entre eux par parts égales; mais s'ils sont de lits différents, ce n'est pas ainsi qu'on procède. On fait deux branches : la branche paternelle et la branche maternelle du défunt; les germains prennent part dans les deux lignes, les utérins ou consanguins dans leur ligne seulement.

(1) Rodière, *Changements à introduire dans l'ordre des successions. Recueil de l'Acad. de lég.*, 1856, t. V, p. 131.

(2) Voyez *suprà*, p. 47 et s.

3) Laurent, IX, n. 46.

§ II DEUXIÈME GROUPE : SYSTÈME DE LA PROXIMITÉ DU DEGRÉ

Les législations latines, qui ont suivi le Code Napoléon, ont repoussé la fente. Le C. C. Roumain a été le premier parmi les Codes que nous étudions, à le faire; il rejeta tout le système de la division par lignes et n'accepta que la division en lignes lorsqu'il y a des frères et sœurs germains et unilatéraux en concours avec les père et mère ¹. La succession est donc déferée tant pour les ascendants (art. 670) que pour les collatéraux (art. 673) au parent le plus proche en degré; les parents du même degré quelle que soit la ligne à laquelle ils appartiennent, partagent par tête. Il n'y a donc jamais de concours entre les ordres, ni de succession possible d'héritiers de degrés différents comme cela arrive en droit français. Ce système a été adopté par le Code Civil Portugais, art. 1997, 1998, 2004. Mais ce Code a substitué un autre mode de distribution entre frère et sœur germains et unilatéraux².

§ III. TROISIÈME GROUPE : SYSTÈME INTERMÉDIAIRE

Le Code Italien a suivi un système intermédiaire en admettant tantôt la proximité du degré, tantôt la fente, lorsqu'il s'agit des ascendants et au contraire en n'admettant que la proximité des degrés pour les collatéraux.

(1) Une vive controverse s'est engagée à l'effet de savoir si le mode de partage prévu par l'art. 674 (art. 752, C. C. Fr.) doit s'appliquer seulement lorsqu'il y a concours avec les père et mère ou bien toutes les fois qu'il y a frères et sœurs de différents lits, même en dehors de tout concours. Nous en parlons un peu plus loin, en étudiant le deuxième ordre de successeurs.

(2) Voyez *infra*, le privilège du double lien, p. 397.

Si les ascendants ne sont pas au même degré, l'hérédité est dévolue — comme dans le deuxième groupe — au plus proche *sans distinction* de ligne (art. 739, al. 2). Au contraire si les ascendants sont du même degré, ils ne succèdent plus par tête comme dans le deuxième groupe, mais les ascendants de la ligne paternelle succèdent pour une moitié et pour l'autre moitié les ascendants de la ligne maternelle ¹ sans avoir égard à l'origine des biens (art. 739, al. 1) c'est-à-dire comme dans le premier groupe. A ce système mixte relativement à la succession des ascendants, on a préféré le système unique de la proximité de degrés pour les collatéraux (art. 742) parmi lesquels succèdent donc « les parents les plus proches du défunt sans distinction de ligne paternelle ou maternelle. »

Le Code Espagnol a suivi de tous points le Code Italien et a adopté le système mixte de la proximité de degrés et de la fente pour les ascendants (art. 937) et au contraire le système unique de la proximité de degrés pour les collatéraux (art. 954).

Nous devons encore signaler que les Codes Italien et Espagnol, pas plus que le Code Portugais, n'admettent pas le mode de partage français et roumain pour le cas de concours entre frères et sœurs germains et unilatéraux (art. 741, C. C. Ital. ; art. 2001, C. C. Port. ; art. 949, C. C. Esp.).

(1) Voyez *infra*, p. 402, n. 1.

§. IV. — SUPÉRIORITÉ DU DEUXIÈME SYSTÈME

Il est difficile de comprendre ce système qui est appliqué différemment aux collatéraux et aux ascendants et encore à ces derniers selon qu'ils sont tous au degré égal ou au degré inégal.

Si la volonté présumée du défunt a été de donner à son aïeul paternel toute la succession, parce que du côté de sa mère il n'a laissé qu'un bisaïeul et que son affection est allée toute au premier, on ne comprend pas facilement pourquoi s'il laisse du côté de son père un aïeul paternel et du côté de sa mère l'aïeul et l'aïeule, il aurait voulu donner au premier seul la moitié de sa succession et un quart seulement à chacun des deux derniers.

Il n'est même pas possible de faire intervenir une justification d'équité, car si l'on considérait, comme le fait M. Rodière, la succession comme l'équivalent de l'obligation alimentaire, il faudrait reconnaître que l'obligation alimentaire sera toujours proportionnelle au nombre des créanciers et non à leur ligne de parenté. Aucun tribunal n'accordera jamais à un seul parent la même pension qu'il aura accordé à deux parents.

Quant à l'objection faite contre le système de la proximité de degré qui consiste à dire qu'il arrive à enrichir une seule ligne et peut-être même au dépens de l'autre¹, il n'est pas difficile d'y répondre.

En effet, nous avons remarqué que le système de la fente n'est lui-même qu' « un système de moitié justice » et la

(1) Demolombe, XIII, n. 364.

justice doit être pleine et entière. Quelle justice y a-t-il de donner à une ligne la moitié des biens venus de d'autre ligne?

La règle *dimidium patris, dimidium matris* n'est pas plus équitable que l'attribution de toute la succession au parent plus proche ou le partage par tête, s'ils sont plusieurs; ce dernier système a, sur le premier, au moins l'avantage d'être conforme à la volonté présumée du défunt¹.

§ V. — DU PRIVILÈGE DU DOUBLE LIEN

Le privilège du double lien consistait — car il n'existe plus aujourd'hui avec cette signification — dans le droit accordé aux frères et sœurs germaines de prendre toute la succession de leur frère ou sœur prédécédée, à l'exclusion de leurs frères ou sœurs consanguins ou utérins.

Ce privilège qui remonte à la Nouvelle 84 de Justinien reçut droit de cité, dans le¹ pays du midi, sauf à Toulue² et pénétra, avec plus ou moins de restrictions dans le droit coutumier. L'ancien droit roumain le connaissait également³.

(1) Paul Gide, *De la leg. civ. dans le nouveau royaume d'Italie*, p. 21.

(2) Viollet, p. 848.

(3) Code d'Alexandre Donici, chap. xxxvii, *Despemoste nirea ceeà fàrà diatà*, art. 5 et 7. Code de Caradgea, P. iv, chap. iii, *Pentru mstenire sancționomie*, art. 19, al. c.; Code de Callimaki, art. 915, b. et v., *Privilege du double lien en faveur des ascendants*. Une jurisprudence de la Cour de Cassation roumaine interprétant l'art. 915 du Code de Callinaki, a trouvé qu'il organisait également un privilège du double lien en faveur des ascendants germains. La Cour s'exprime dans ces termes : « De la combinaison des art. 240 et 915 du Code de Callimaki, il résulte que les mêmes considérations ont déterminé le législateur à prendre les mêmes dispositions dans les deux hypothèses et qu'à de même que les frères germains et leurs descendants pren-

La loi de Nivôse le rejeta et le remplaça par le système plus équitable qui a passé dans le Code civil, article 733 al. 2, qui ne l'est cependant pas suffisamment pour être maintenu. Il peut arriver en effet par suite de combinaisons naturelles entre les consanguins et les utérins que l'égalité soit troublée. En effet, d'après cet article, on divise la portion attribuée aux frères et sœurs en deux lignes ; les consanguins et les utérins ne prennent part que dans leur ligne ; les germains prennent part dans les deux lignes ¹.

Or, supposez qu'il y a un consanguin, deux utérins et un germain et une succession de 100. Par suite du partage entre les lignes, le frère consanguin aura 25 alors que les frères utérins n'auront chacun que 16.50.

C'est pourquoi le Code Italien, dont la méthode a été suivie par les Codes Portugais et Espagnol, a substitué à ce mode de partage un autre réellement équitable. Lorsqu'il y a concours entre des frères ou sœurs consanguins ou utérins et leurs descendants avec des frères et sœurs germains ou leurs descendants, les premiers ont droit à la moitié seulement de la quote-part qui appartient aux germains ².

dront la succession de leurs aïeux de préférence aux frères unilatéraux et leurs descendants, *de même et les aïeux germains viennent à la succession de leurs petits-fils de préférence aux aïeux unilatéraux*, conformément à la règle de la réciprocité et de l'esprit général de la législation. » (Cass. roum., n. 351 du 21 déc. 1864, B. 64, 111). Mais nous ne pensons nullement qu'on puisse tirer cette conséquence des art. 240 et 215 du C. de Callimaki.

(1) On serait tenté d'y voir un nouveau privilège, mais Laurent remarque justement qu'il n'y a pas de privilège là où règne le droit commun (Laurent, IX, n. 47.)

(2) Voyez le V^e tableau des législations comparées.

SECTION IV

Evolution du système de succession *ab intestat**Généralités*

Si nous voulions caractériser en deux mots la lente évolution de la succession *ab intestat*, nous dirons qu'elle a été une évolution régressive.

Partis d'un principe et d'une organisation qu'exprimait le dernier progrès du droit romain, après de multiples transformations qui rendaient presque méconnaissable l'ancienne institution, nous sommes revenus à l'ancien principe et à l'ancienne organisation romaine.

Elle était organisée à Rome sur le double principe de l'unité du patrimoine successoral et de l'égalité de partage entre héritiers. Après avoir pendant des siècles abandonné ces deux principes et admis de nombreuses distinctions, soit quant à leur origine soit quant à la nature des biens qui composent le patrimoine successoral, et de distinctions aussi nombreuses entre les héritiers soit d'après leur sexe, soit d'après leur âge, nous sommes revenus au double principe romain.

Il ne nous appartient pas ici de nous occuper des causes de ces multiples transformations et du retour à la source. Nous ne pouvons non plus entrer dans les détails des systèmes successoraux qui se sont suivis. Nous ne pouvons faire autre chose que de marquer les traits caractéristiques de la succession d'avant le Code.

§ 1^{er}. — NATURE ET ORIGINE DES BIENSI. — *Ancien droit*

I. DROIT ROMAIN. — *Doctrine et réfutation.* — Il y a eu, anciennement, à Rome — a-t-on dit — des distinctions tenant à l'origine des biens, mais cela n'a existé que dans les premiers temps de l'histoire romaine et ne concernait que la succession du fils de famille.

Mais nous remarquons qu'il y a une différence considérable entre la distinction romaine selon l'origine des biens, que nous allons voir, et la distinction qui existait dans le moyen âge.

En effet, alors qu'à Rome il n'y a pas à proprement parler recherche de l'origine des biens pour en attribuer la succession à une catégorie spéciale d'héritiers comme cela se pratiquait dans l'ancienne succession française et germanique, il y a tout simplement recherche des biens dont le défunt avait été ou non capable de disposer.

La recherche de l'origine des biens y avait pour fondement une question de capacité; au contraire la recherche de l'origine des biens n'avait, au moyen âge, d'autre but que la conservation des biens dans la famille.

C'est donc à tort, qu'on a placé la théorie romaine des pécules et des biens adventices parmi les systèmes qui recherchent l'origine des biens pour en déférer la succession¹.

Ainsi, le fils de famille, dans l'ancien droit romain ne laissait aucune succession, parce qu'il était incapable

(1) Roguin, *op. cit.*, I, n. 101 et s.

d'avoir un patrimoine. Mais dès qu'on lui concéda le droit d'avoir des biens, en propriété, on lui reconnut en même temps celui d'en disposer, tant entre vifs que par succession testamentaire ou *ab intestat*. Il en a été ainsi pour les biens adventices, c'est-à-dire pour les biens recueillis par le fils de famille dans la succession de sa mère ¹. — Mais pour les biens qu'il avait gagné par lui-même — *peculi castrense* ou *quasi castrense* — c'est-à-dire pour les biens acquis comme soldat, comme avocat ou comme fonctionnaire, on ne lui reconnaissait qu'une demi capacité, qui comprenait celle de disposer entre vifs ou par testament : à défaut de l'un ou de l'autre mode de disposer, ces pécules appartenaient au père. *Il n'y a donc nullement recherche des biens, car pour qu'il y ait recherche des biens, il faut qu'il y ait une succession ab intestat, et ici il n'y a aucune succession ab intestat.*

Il en était également ainsi pour les biens composant le *peculium profecticium*, biens acquis par le fils *ex re patris* ou *occasione patris* ou *contemplatione patris*, c'est-à-dire, les biens acquis par le fils avec les biens du père, ou par une donation de celui-ci, ou indirectement par une donation faite au père par un étranger. La novelle 118 fit disparaître, dans une mesure qui est discutée par les romainistes ², ces particularités.

II. ANCIEN DROIT. — *Biens d'héritage et d'acquêts.* — *Droit coutumier.* — Le désir de conserver les biens dans les familles fit admettre au moyen âge une division dans la masse successorale d'après la nature et l'origine des biens.

(1) Girard, *op. cit.* p. 838.

(2) Girard, p. 838, n. 4.

D'abord, on divisait la succession en biens meubles et immeubles. Tous les biens meubles, quelle qu'en soit l'origine, étaient considérés comme acquêts et entraient dans la masse successorale ordinaire. Au contraire, pour les biens immeubles on distinguait entre ceux que le *de cujus* avait acquis par succession de ses père et mère et entre ceux qu'il avait acquis par lui-même. Les derniers seuls tombaient dans la masse successorale ordinaire. Aux premiers on appliquait la règle *paterna paternis, materna maternis*, en vertu de laquelle on restituait à la ligne paternelle les biens venus du père et à la ligne maternelle les biens venus de la mère¹.

Mais la règle du retour des biens à la ligne ou à la branche dont ils sont venus, ne servait que dans le cas où le défunt n'avait pas laissé de descendants. Et encore, faut-il se rappeler que la règle souffrait une exception très importante dans le principe que *propres ne remontent pas*² qui voulait dire que les propres de succession n'étaient

(1) Il en a été de même en Allemagne (Schulte, *op. cit.*, p. 522. D'après le miroir de Saxe, les parents paternels ou maternels avaient des droits égaux, D'après le *Schwabenspiegel* et surtout dans le droit du Midi de l'Allemagne, s'il y avait égalité de degrés dans les deux lignes, on appliquait la règle *paterna paternis, materna maternis. Daz sprechut die Meister, vud ist daz Gut, von vater magen dar (Kommen, so erbent ez die nachsten, die dar zu gehornt. Ist ez von der Mutter magen dar Kommen so ist ez daz selbe Wart.* » (Schw., chap. clxviii). Mais s'il y avait inégalité de degrés entre les parents des deux lignes, alors le plus proche excluait le plus éloigné (Siegel, *op. cit.*, p. 63, n. 247. — Pour les acquêts, *ein Gut gemeinschaftlich erworben*. Selon le miroir des Souabes les parents paternels succédaient seuls, écartant les parents maternels au même degré (Siegel, *op. cit.*, p. 65).

La règle *paterna paternis, materna maternis* s'applique toujours en Angleterre depuis le *Inheritance Act* de William IV en 1834; mais elle ne s'applique pas en Écosse (Lord Mackenzie, *op. cit.*, p. 324 et s.)

(2) Viollot, p. 845.

jamais attribués à des ascendants mais seulement aux collatéraux sauf restriction du retour successoral de l'ascendant donateur et sauf certaines coutumes qui faisaient néanmoins remonter les propres aux père et mère du *de cuius*.

Propres ne remontent pas, cela veut dire que les propres de la ligne paternelle iront aux collatéraux paternels du défunt ; les propres de la ligne maternelle iront aux collatéraux maternels du défunt¹.

La succession aux meubles et aux acquêts² avait donc lieu conformément aux principes généraux en faveur du plus proche héritier sauf, à défaut de descendant, l'application de la fente, et dans certaines coutumes de la refente.

La succession aux propres² avait lieu, à défaut de descendants, selon la règle *paterna paternis, materna maternis* combinée avec le principe *propres ne remontent pas*.

Mais les coutumes présentaient encore une très grande diversité lorsqu'il s'agissait de préciser quels sont les parents paternels et quels sont les parents maternels auxquels les propres devaient être déferés.

(1) *Ibid.*, p. 846.

(2) On appelait en ancien droit allemand l'héritage *bei Lebzeiten*, les immeubles et autres biens sur lesquels l'héritier avait un droit de réserve et héritage *vach der todten Hand*, les biens acquis et les meubles. Lorsque le caractère de la réserve se transforma, cette distinction disparut (Schulte, *op. cit.*, p. 526). En dehors des biens *bei Lebzeiten*, étaient encore exclus de la succession : 1^o les *Heergewalt* ou équipement militaire attribué au fils aîné ; 2^o la *Gerade* ou habits de la mère attribués à la fille aînée ; 3^o le *Morgengabe* ou don du matin attribué à la veuve survivante ; 4^o le *Mustheil* ou droit de la veuve sur la moitié des provisions trouvées dans la succession (Siegel, *op. cit.*, p. 77 ; Schulte, p. 547.)

Dans un groupe de coutumes dites « *coutumes souchères* » ne pouvaient recueillir les propres que les *descendants du premier auteur* qui avait mis le bien dans la famille. Il en était ainsi en Bourgogne, à Auxerre et à Nantes.

Dans un deuxième groupe des coutumes dites « *coutumes de côté et ligne* » il suffisait de se rattacher simplement au *premier acquéreur*, fût-ce même en ligne collatérale. Il en était ainsi dans la majorité des coutumes et notamment à Paris, Orléans, en Anjou, à Amiens et en Artois.

Dans un troisième groupe, enfin, des coutumes dites « *coutumes de simple côté* » il suffisait d'être parent paternel ou maternel du *de cujus*, pour recueillir les propres paternels ou maternels, sans avoir besoin d'être lié en aucune façon au premier acquéreur du bien. Il en était ainsi en Normandie.

Pays de droit écrit. — Dans les pays de droit écrit, c'était le système des Novelles qui fonctionnait avec la règle de l'unité du patrimoine successoral et de l'égalité des droits successoraux.

En 1567, « l'Édit des Mères » rendu sous Charles X par le chancelier Michel de l'Hospital, essaya d'y introduire la règle que les propres ne remontent pas. Mais Cujas s'y opposa ; les parlements refusèrent d'enregistrer l'Édit, et ceux qui l'adoptèrent l'abrogeaient en 1729 ¹.

L'Édit des Mères écartait la mère de la succession de son enfant quant aux biens qui provenaient de la ligne paternelle. On avait préparé un Édit des Pères dans le même

(1) Viollet, *op. cit.*, p. 847.

sens, mais le premier avait été si mal accueilli qu'on n'osât pas le publier.

II. — *Droit moderne*

Le droit moderne — nous rappelons que cette expression ne se rapporte qu'aux législations que nous étudions — ne connaît plus ces distinctions. La loi ne considère ni la nature, ni l'origine des biens pour en régler la succession, décide l'article 732. Parmi les autres législations certaines ont reproduit l'article 732; d'autres se sont abstenues de le reproduire, estimant — avec raison — que le résultat serait le même.

La division entre les lignes paraît contredire le principe de l'unité du patrimoine. Il en est certainement ainsi, tant qu'on la considère comme destinée à conserver les biens dans la famille. Mais cette affirmation est, comme nous l'avons déjà démontré, fausse, et parce qu'elle est contraire à l'article 732 et parce qu'elle n'arrive nullement à conserver les biens dans la famille d'où ils sont sortis, puisque les biens venus d'une ligne se partagent avec l'autre et qu'il peut même arriver, en cas de parenté unilatérale, que les biens venus d'une ligne soient tous attribués à l'autre ligne. Le vrai motif de la fente doit être cherché dans le désir de morceler les héritages et de niveler les fortunes. Il n'y a donc aucunement recherche de l'origine des biens.

Mais depuis quelque temps de nouvelles institutions ont acquis droit de cité dans le droit successoral. Ces institutions qui rappellent singulièrement l'ancien principe de la recherche de la nature des biens, combiné avec le prin-

cipe de privilège de sexe et d'âge, consistent en ce que la transmission de certains biens est faite selon des règles particulières. Ce sont *Anerbenrecht* en Allemagne; le *Homestead* en Amérique; les *asiles de famille* en Suisse et plus récemment, les *Habitations à bon marché* en France et en Belgique.

Nous allons passer en revue ces diverses institutions plus importantes au point de vue économique qu'au point de vue juridique, nous nous occuperons même de l'*Homestead*, à cause de son importance, bien que nous n'étudions pas le droit américain.

a) *Anerbenrecht* ¹

La conférence agraire de Berlin de 1894, réunie à l'effet d'étudier les causes de la crise agraire dont souffrait l'Allemagne, reconnut que le régime successoral avait une importance considérable sur la situation du pays. Une enquête fut ouverte qui conclut à la nécessité de créer une classe de paysans indépendante et forte — *Bauernstand*. —

Pour y arriver, on proposait d'assurer l'indivisibilité de la maison paternelle et du terrain nécessaire pour alimenter une famille, le *Hof* paternel.

Le moyen, c'était d'imposer l'*Anerbenrecht* qui fonctionnait déjà mais facultativement depuis 1874, sans avoir donné jusqu'alors des résultats satisfaisants, car le paysan

(1) La législation de l'*anerbenrecht* est très variée. La loi introductive du Code Civil Allemand de 1900, dans son art. 64, a laissé subsister cette variété de législation mais a prohibé toute limitation du droit du *de cujus* de disposer à cause de mort des biens soumis à l'*anerbenrecht*.

On a voulu introduire aussi la règle de l'indivisibilité en Autriche; mais cette introduction a été si mal accueillie qu'on a dû y renoncer (Roguin, *op. cit.*, II, n. 530.)

manquait d'initiative et de volonté pour faire inscrire le *Erbgut*.

La solution trouvée, il fallait la faire reposer sur un fondement juridique. La chose ne parut pas embarrassante et l'on décida immédiatement que la propriété foncière constituant une fonction sociale, *Amt*¹, rien ne s'opposait à ce qu'un seul enfant puisse hériter de l'*Erbgut*.

Il paraît que cette indivisibilité de l'*Hof* paternel, a eu des conséquences économiques considérables. C'est à elle que les économistes attribuent le grand essor commercial et industriel actuel de l'Allemagne².

En effet, l'indivisibilité de l'*Hof* paternel et son attribution à un seul enfant, entraîne par l'émigration des autres enfants dans les centres industriels et par là le développement de l'industrie et par l'émigration à l'étranger, le développement du commerce extérieur et la propagation de la civilisation allemande.

Il y a actuellement trois systèmes différents, d'organisation de l'*Anerbenrecht*.

1° *Système de l'Anerbenrecht obligatoire*. — Dans ce système en vigueur dans le Grand duché de Bade, les biens paysans sont indivisibles légalement et tombent par conséquence dans le lot d'un seul héritier, sous l'obligation pour celui-ci de payer à la masse huit ou neuf dixièmes de leur valeur. Les autres biens du *de cujus*, se partagent également entre l'*Anerbet* et ses cohéritiers. L'*Anerbe* est

(1) Edmond Lefebure, *Le droit successoral paysan en Allemagne*, p. 6.

Alexandre de Braudt, *Droit et coutumes des populations rurales de la France en matière successorale*, p. 359.

(2) Georges Blondel, *L'essor industriel de l'Allemagne*.

tenu des dettes pour sa part héréditaire et hypothécairement des dettes grevant le *Hofgut* ¹.

2° *Système de l'Anerbenrecht indirect ou facultatif ou système des Hoeferollen*. — Ce système est en vigueur dans le Hanovre, le Grand duché de Lauenburg, Schleswig Holstein, Cassel, Silésie, Oldenburg et Brandenburg. Il consiste en ce que le propriétaire *peut* inscrire, le *Hof*, c'est-à-dire son exploitation sur des registres appelés *Hoeferolle* ou *Landgüterolle*, et dont l'effet est de faire attribuer la *Hof* à un héritier unique, *mais* seulement au cas où le propriétaire est mort *intestat*. Celui-ci conserve donc, malgré l'inscription sur les *Hoeferolle*, le droit de disposer de la *Hof* tant entre vifs que par testament.

L'*Anerbe* a, dans ce système, l'obligation de payer à la masse deux tiers du capital évalué de la *Hof*. Il garde un tiers à titre de préciput.

Cette institution ne diffère de celle du *Homestead* américain qu'en ce que le dernier est créé en faveur d'une personne, alors que l'*anerbenrecht* facultatif l'est au profit de la terre.

Ce système n'a pas donné de bons résultats². Aussi la loi du 2 juillet 1898 *Gesetz betrefend den anerbenrecht bei Landgütern in der Provinz Westphalien*, a rendu obligatoire l'inscription de la *Hof* dans les *Hoeferollen* par les ordres du commissaire du gouvernement.

Cette loi a donné le droit aux frères et sœurs de l'*anerbe*, d'être entretenus sur le domaine jusqu'à leur majorité. Elle oblige en même temps l'*anerbe* au cas où il vend le

(1) Lefebure, *op. cit.*, p. 21 et s.

(2) Lefebure, *op. cit.*, p. 88.

domaine avant quinze ans depuis l'ouverture de la succession, de rembourser à la masse le tiers retenu à titre préciputaire ¹.

3° *Système de l'anerbenrecht direct ab intestat*. — Ce dernier système est appliqué en Prusse et en Brunswick. Il consiste en ce que la *Hof* est attribuée à un seul héritier, à défaut de manifestation contraire de volonté, de la part du défunt. Les biens susceptibles de devenir des *Anerbengüter*, sont inscrits d'office sur le livre foncier, par l'autorité compétente. Ce système diffère encore des deux précédents parce que, au lieu d'appliquer, quant à l'obligation de l'*anerbe*, le principe du paiement en capital, il applique le principe de la vente du sol. L'*anerbe* ne versera donc à la masse aucune somme en capital. Il s'acquittera en payant à ses cohéritiers 4 0/0, 5 1/2 0/0 de rente.

Pour parer aux besoins d'argent des cohéritiers de l'*anerbe*, on a créé des *Rentenlauken* qui leur rachètent ces rentes ².

b) *Homestead*

L'*Homestead* américain consiste en ce que l'habitation urbaine ou rurale ne peut pas être aliénée sans le concours de la femme, et qu'elle est protégée contre la saisissabilité. Il tend donc à assurer le gîte à la femme et aux enfants et se constitue par une inscription prise au bureau de l'enregistrement des actes immobiliers : registrar of deeds.

Dans certains États, l'inscription est obligatoire ; dans d'autres, elle est facultative.

(1) Braudt, *op. cit.*, p. 360.

(2) Lefebure, *op. cit.*, p. 75 et s. ; Braudt, *op. cit.*, p. 359.

L'insaisissabilité consiste dans ce que l'exécution forcée est impossible et que les créanciers hypothécaires eux-mêmes ne peuvent rien faire, à moins que la femme n'ait consenti à la constitution de l'hypothèque.

L'insaisissabilité frappe même le prix de la vente de l'*Homestead*, pendant un certain temps, car la loi suppose qu'il est destiné à l'achat d'une autre maison. Au point de vue successoral, il suffit de dire que l'inaliénabilité et l'insaisissabilité se prolongent après la mort du chef de famille et dure tant qu'il existe un conjoint survivant ou des enfants mineurs¹. Mais le *Homestead* n'est pas indivisible comme la *Hof* allemande; il se partage entre héritiers².

c) *Asile de famille.*

Le Code civil suisse de 1907, dans ses articles 350-359 organise la constitution des asiles de familles, de biens-fonds à destination agricole ou industrielle et des maisons d'habitations avec leurs dépendances (art 350) à condition que l'immeuble ne dépasse pas ce qui est nécessaire au logement de la famille.

L'asile ne peut être aliéné ni donné à bail par le propriétaire, ni saisi par les créanciers, qui ont seulement le droit de faire administrer l'asile, tout en maintenant sa destination en cas d'insolvabilité du propriétaire.

Au point de vue successoral, l'asile suisse n'est pas protégé comme le *Homestead* américain, car, à défaut de prescription expresse dans le testament, l'inscription est radiée

(1) Bureau, *Le Homestead*, p. 159.

(2) *Ibid.*, p. 164.

à l'ouverture de la succession et l'acte devient saisissable. Cette disposition a été justement critiquée¹.

d) *Habitations à bon marché.*

Les lois du 30 novembre 1894 et du 31 mars 1896, modifiée par celles du 12 avril 1906, ont consacré en France, l'indivisibilité des habitations à bon marché.

En Belgique, ce sont les lois du 9 août 1889, complétées par celle du 30 juillet 1892 et par la loi du 16 mai 1900 qui l'ont fait.

Mais alors que la loi française ne protégeait que les immeubles urbains ou ruraux bâtis, la loi belge a une portée beaucoup plus large parce qu'elle est applicable également à la propriété terrienne non bâtie, dont le revenu cadastral ne dépasse pas 300 francs, sans qu'il y ait lieu de distinguer si le *de cujus* possédait un ou plusieurs immeubles, qu'il les ait occupés lui même ou qu'il les ait loués ou fait cultiver par autrui².

Les législations des deux pays ne tendent pas non plus au même but.

La loi française tend à l'indivision forcée de l'habitation ; la loi belge tend à assurer à certains héritiers le droit de retenir dans leur lot les immeubles prévus par la loi.

La loi française, art. 8, prévoit que « lorsqu'il y a des « descendants, tous majeurs, l'indivision (forcée) peut être « maintenue, à la demande du conjoint ou de l'un de ses « enfants, pendant cinq années à partir du décès. Dans le « cas où il se trouverait des mineurs parmi les descendants,

(1) Roguin, II, n. 617.

(2) Jules Challamel, *Annuaire de législat. étrangère*, XXX, p. 339 et s.

« l'indivision pourra être continuée pendant cinq années
 « à partir de la majorité de l'ainé de mineur, sans que sa
 « durée totale puisse, à moins d'un consentement unanime, excéder dix ans. Si le défunt ne laisse pas de
 « descendants, l'indivision pourra être maintenue, pendant cinq ans à compter du décès, à la demande et en
 « faveur de l'époux survivant, s'il en est copropriétaire au
 « moins pour moitié, et s'il habite la maison au moment
 « du décès. Dans ces divers cas l'indivision est prononcée
 « par le juge de paix, après avis du conseil de famille » ¹.

La loi belge n'autorise le maintien de l'indivision que s'il y a des mineurs et uniquement pour ce qui concerne les biens soumis à l'usufruit du conjoint survivant. Donc, si celui-ci n'a pas d'usufruit, il n'y aura pas d'indivision possible. Cette disposition a été justement critiquée ².

§ II. — DES PRIVILÈGES DE CERTAINS HÉRITIERS

Le Code prévoit actuellement l'égalité de partage entre les héritiers.

Mais l'inégalité a été la règle dans l'ancien droit. Le droit moderne ne connaît d'inégalités, que celles qui résultent de l'institution de l'*Anerbenrecht*. Nous allons passer rapidement en revue les privilèges de sexe et d'âge.

I. — *Privilège de sexe*

a) *Privilège du sexe féminin*

ANCIEN DROIT. — Ce n'est que dans l'ancien droit alle-

(1) Il est certain que dans les cas où le Conseil de famille n'existerait pas, parce qu'il n'y aurait aucun mineur ou interdit, la prononciation du juge de paix sera suffisante.

(2) Challamel, *loc. cit.*, p. 340.

mand que les filles jouissaient d'un certain privilège successoral, d'importance assez minime, d'ailleurs. Il s'agit de la *Gerade*, dont on faisait attribution à la fille aînée¹.

Il est impossible de donner une énumération complète des objets qui rentraient dans la *Gerade*. Mais le principe était qu'elle comprenait tous les ornements, les objets de ménage, la lingerie, les étoffes, les animaux dont on se servait pour la fabrication des étoffes, tels que les brebis, à moins que ceux-ci n'aient servi au commerce du mari².

DROIT MODERNE. — Un privilège identique est accordé de nos jours aux filles, par le Code du canton de Zürich, dont l'article 838 prévoit que les filles prendront par préciput, et sans récompense à la masse, dans la succession de leur mère, les vêtements, le linge coupé, les instruments de travail, les livres de la mère, ses parures, ses bijoux, *ses épargnes*, jusqu'à concurrence de cinq centièmes de la succession nette. Au cas où la valeur de ces objets dépasse cinq centièmes, elles doivent récompense à la masse.

b). — *Privilège du sexe masculin*

Les lois Barbares, excepté celle des Wisigoths, qui était plus influencée par le droit romain, excluaient les filles de la succession au profit des fils. La loi salique les fit venir à la succession des meubles, mais réserva aux fils la succession aux immeubles, aux *terra Talsca*.

L'organisation primitive de la société s'opposait à une conception d'un droit égal entre les fils et les filles, car les

(1) Schulte, p. 527.

(2) Siégel, *op. cit.*, p. 84 et s.

premiers seuls portaient les armes et étaient en état de se défendre. Le droit de succession des filles pénétra donc lentement et elles furent appelées d'abord à défaut de fils, ensuite en concours avec les fils, mais pour un report moindre¹, puis finalement elles eurent des droits égaux.

France. — Dans les pays de droit écrit, on suivait le droit romain sous l'empire duquel la fille était appelée à la succession; mais on avait pris l'habitude de la faire renoncer en la dotant. En droit romain, on arrivait au même résultat par un procédé analogue, le père léguaît la dot à sa fille et en même temps il l'exhérait.

Dans les pays du droit coutumier, il y avait lieu au privilège de masculinité, surtout pour la succession aux fiefs². Chez les vilains, au contraire, les filles partageaient la succession également avec les fils³.

En Normandie, il y avait aussi un privilège en faveur du père qui excluait la mère de la succession du fils⁴.

Le privilège en faveur du fils paraît subsister de nos jours encore dans certaines coutumes héréditaires où les fils reçoivent la quotité disponible par préférence aux filles⁵.

Allemagne. — Le privilège de masculinité existait aussi en Allemagne. L'homme avait toujours des avantages sur la femme, et souvent la branche paternelle sur la branche maternelle. La loi saxonne excluait les filles en concours avec les fils; mais les faisait passer avant les collatéraux.

(1) Viollet, p. 823 et suiv.

(2) Viollet, p. 851.

(3) *Ibid.*, p. 826 et s.

(4) *Ibid.*, p. 846.

(5) Braudt, *op. cit.*, p. 336.

Mais dans le droit franc, le *Erbgut*, ou propriété immobilière, passait à la branche paternelle, alors que les autres biens se partageaient également ¹.

Les formules de Marculf repoussaient déjà la préférence des fils sur les filles, qu'il qualifiait de *diuturna sed impia consuetudo*.

Mais le droit des villes ignorait le privilège de masculinité. Les fils et les filles avaient des droits égaux. Il en était de même dans le *Landrecht* ou droit provincial ; cette règle fut reproduite littéralement par le *Sachsenspiegel* : *Die tochter nympt zu unser Zeit gleich Erbe mit dem Sohne* ².

En droit moderne allemand, nous rappelons qu'il y a un privilège au profit de l'anerbe qui est tantôt l'aîné, tantôt le cadet.

En Angleterre, la parenté masculine est toujours préférée à la parenté féminine pour la succession aux immeubles ³.

DRIT ROUMAIN. — L'ancien droit roumain accordait aux mâles un privilège sur la terre d'origine de la famille, *le foyer* — *caminul*, — dans le cas où le foyer avait donné le nom à la famille, afin de perpétuer ce nom, car dit le législateur, les filles se mariant prennent le nom de leur mari.

Ce privilège consistait dans ce que les mâles, fils et petits-fils, frères et neveux du défunt seulement avaient un droit de préférence sur le foyer. Ces privilégiés avaient même le droit de racheter le foyer si le défunt en avait disposé

(1) Schulte, *op. cit.*, p. 519 ; Siégel, *op. cit.*, p. 48.

(2) Siégel, *op. cit.*, p. 49 et 59.

(3) Sir Mackenzie, *op. cit.*, p. 325 et suiv.

par testament ¹. Mais exceptionnellement les filles pouvaient jouir de ce privilège. La législation postérieure étendit le droit de préférence à tous les héritiers mâles, descendants, ascendants ou collatéraux, mais avec obligation de restituer à la masse la valeur du foyer ².

L'ancienne législation roumaine excluait les filles de la succession de ses parents avec obligation pour les fils de la doter, même de ses propres biens, si elles n'ont pas été dotées par le père ³. Étant donné que cette législation a été en vigueur jusqu'en 1865 dans la Valachie, de nombreux procès ont été engagés jusqu'à ces dernières années portant sur le droit des filles. La jurisprudence a décidé invariablement que la fille n'a aucun droit dans la succession de ses parents, si celle-ci s'est ouverte sous l'empire du Code Caradzea ⁴. Il est indifférent de savoir si la fille était mineure ou majeure lors de l'ouverture. Mais le droit des filles d'être dotées par leurs frères, constituait-elle une obligation morale ou une obligation civile pour les fils? Et si c'était une obligation civile, les filles devaient-elles être considérées comme créancières de la dot ou comme copropriétaires de la succession pour une somme néces-

(1) Code d'Ypsilanti, *Pentru mostenire*, art. 3; *Pentru trimirie*, art. 5, *in fine*.

(2) Code de Cavadzea, P. IV, ch. III, *Pentru mostenire sauclicronomie*, art. 20.

(3) *Ibid*, *loc. cit.*, art. 17 c.

(4) Cass. roum. 8 oct. 1865, B. 65, t. IV, p. 510; Cass. roum. 15 nov. 1865, B. 65, t. IV, p. 646; Cass. roum. 7 juin 1877, B., 77, p. 224; Cass. roum., 21 janv. 1883, B. 83, p. 51; Cass. roum., 24 fév. 1889, Dr. 1889, p. 430; Apel Craïova, II, 13 janv. 1893, Dr. 1893, p. 203; Cass. roum., 31 mai 1894, B. 1894, p. 554; Cass. roum., 21 oct. 1894, B. 94, p. 961; Cass. roum., 24 mars 1897, B. 97, p. 339; Cass. roum., 7 juin 1900, B. 1900, p. 786; Cass. roum., 23 mars 1905, B. 1905, p. 348.

saire à leur dot? La jurisprudence statue dans ce dernier sens, *a*) parce que les art. 40 b; 41 a, b, c; 42 et s. du Code Caradgea ayant fixé la réserve sans distinction, ont entendu donner une vocation successorale aux filles, *b*) parce que cela résultait *a fortiori* de l'obligation imposée aux frères de doter leurs sœurs de leurs propres biens lorsque la succession des parents n'existe pas ou ne suffit pas, *c*) par argument *à contrario* de l'article 32 du chapitre des successions qui crée en faveur du frère qui a doté sa sœur de ses propres biens, une réserve sur la moitié de la succession de la sœur dotée, ce qui laisse entendre que lorsque celle-ci a été dotée des biens paternels elle l'a été en son propre nom à titre d'héritière de ses parents malgré que médiate¹.

On décidait de même que les filles ne pouvaient être représentées par leurs descendants. Mais la jurisprudence ne se prononce pas sur la question de savoir si l'obligation de doter les sœurs se transmet en faveur des descendantes de celle-ci au cas où la mère n'avait pas été dotée. Il est regrettable que la jurisprudence ne se soit pas prononcée sur ce point. Nous estimons que l'affirmative devait être admise, attendu qu'on reconnaissait aux filles un droit de copropriété sur la succession et la qualité d'héritière de sa dot.

Quant à l'obligation de doter les sœurs elles-mêmes, on a décidé qu'elle se transmettait aux descendants des frères ².

(1) Cass. roum., 17 fév. 1867, B. 67, t. IV, p. 140.

(2) Cass. roum., 7 juin 1877, B. 77, p. 224; Cass. roum., 7 juin 1900, B. 1900, p. 786.

La législation de la Moldavie avait toujours donné des droits égaux aux fils et aux filles.

Droit moderne. — Le privilège du sexe se maintient de nos jours encore, avec plus ou moins de restrictions dans les États secondaires, en Russie, en Angleterre et en Serbie ¹.

II. — *Privilège de l'âge*

a) *Privilège de l'aîné*

Les droits germanique et romain ignoraient le droit d'aînesse, dont l'origine doit être cherchée dans les mœurs féodales. Ce fut la nécessité pour les suzerains de n'avoir à faire, au point de vue militaire, qu'à une seule personne et non à plusieurs, qui amena la constitution du privilège de l'aîné ². D'ailleurs, il fut restreint à la succession des biens nobles et dans les pays de coutume seulement. Les pays de droit écrit l'ont, toujours, ignoré.

Lorsque disparut la féodalité militaire, le privilège d'aînesse subsista. Néanmoins pour des considérations politiques, il ne prenait plus le bien entier ; il le partageait avec les frères puînés. Son privilège se réduisait à un préciput, à un droit plus fort en sa faveur, afin d'empêcher le morcellement.

Mais l'assemblée constituante supprima ce qui restait du privilège d'aînesse dans les pays de coutume et la loi du 8 avril 1791 le remplaça par l'égalité du partage. La loi du 14 novembre 1792 supprima aussi les substitu-

(1) Viollet, *op. cit.*, p. 839.

(2) Albert Amiaud, *Aperçu de l'état actuel de lég. civ. de l'Europe*, etc. Introd., p. 9.

tions qui pouvaient permettre le rétablissement indirect d'un privilège. Mais comme une loi du 7 mars 1793 avait décidé d'accorder une liberté absolue de tester, et qu'on pouvait ainsi par testament rétablir l'ancien privilège, la loi du 5 brumaire an II (26 novembre 1793) intervient pour réduire le disponible et étendre aux collatéraux le système d'égalité forcée qui avait été précédemment imposée pour les fils seulement. Une tentative fut faite sous la Restauration en 1826 pour le rétablissement du privilège d'aînesse parce que, disait-on, l'égalité forcée qui entraîne le morcellement excessif de la propriété était contraire au gouvernement monarchique. Le privilège du projet de 1826 consistait dans l'attribution à l'aîné de la quotité disponible dont le défunt n'aura pas disposé.

Cela ne faisait pas de difficulté lorsque le défunt avait disposé de la quotité disponible, il n'y avait plus de préciput ; mais lorsque c'étaient au profit des autres héritiers que le disponible avait été donné, l'art. 848 les soumettait au rapport. Qu'allait-on faire alors du disponible ? L'art. 2 du projet de 1826 statuait que la loi ne s'appliquerait pas lorsque le défunt en aura exclu la mise en vigueur par acte entre vifs ou testamentaire. Ce qui voulait dire que l'aîné avait droit au préciput même si le disponible avait été donné ou légué à ses cohéritiers, sauf si le père l'avait écarté expressément. Mais cette tentative a échoué.

DROIT MODERNE. — Il paraît néanmoins que de nos jours encore, les coutumes héréditaires sont en contradiction avec le principe de l'égalité forcée. Souvent la propriété passe exclusivement à un enfant qui reçoit la quotité disponible par préciput. Dans d'autre coutumes, l'aîné reçoit la quotité

disponible par préciput pour se charger de la maison paternelle et du champ le plus voisin : dans d'autres coutumes enfin, les fils obtiennent le disponible par préférence aux filles ¹. Il paraît que cela a une influence sur la natalité, car c'est dans les contrées, où la transmission intégrale s'est maintenue que le chiffre de la natalité est le plus élevé ².

Le privilège d'aînesse subsiste légalement encore en Angleterre ³.

Nous rappelons que l'*anerbenrecht* est en Allemagne constitué le plus souvent au profit de l'aîné.

b) *Privilège du cadet*

Dans certaines coutumes anglaises dites *borough English*, le *terrain* passe au fils cadet ⁴. Il en est de même en Allemagne dans certaines provinces pour l'*anerbenrecht* ⁵.

(1) Braudt, *op. cit.*, p. 336.

(2) *Ibid*, p. 338.

(3) Sir Mackenzie, *op. cit.*, p. 295 et s.

(4) *Ibid*, p. 148.

(5) Braudt, *op. cit.*, p. 360.

VI. — TABLEAU DES LÉC

Les ordres de

1

C. C. FRANÇAIS de 1804	C. C. AUTRICHIEN de 1810	C. C. ROUMAIN de 1865	C. C. ITALIEN de 1866	C. C. PO de
ART. 745. Les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère, aïeuls, aïeules ou autres ascendants, sans distinction de sexe ni de progéniture et encore qu'ils soient issus de différents mariages. Ils succèdent par égales portions et par tête, quand ils sont tous au premier degré et appelés de leur chef; ils succèdent par souche, lorsqu'ils viennent tous ou en partie par représentation. ART. 333. Les enfants légitimés par mariage subséquent auront les mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage. ART. 350. al. 2. Mais il (l'adopté) aura sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que ceux qu'y aurait l'enfant, né en mariage, même quand il y aurait d'autres enfants de cette dernière qualité nés depuis l'adoption. ART. 746. Si le défunt n'a laissé ni postérité, ni frère, ni sœur, ni descendant d'eux, la succession se divise par moitié entre les ascendants de la ligne paternelle et les ascendants de la ligne maternelle: — L'ascendant qui se trouve au degré le plus proche, recueille la moitié affectée à sa ligne, à l'exclusion de tous autres. — Les ascendants au même degré succèdent par tête.	ART. 730. On appelle en premier lieu héritiers légitimes, ceux qui par descendance matrimoniale sont parents du testateur dans la ligne la plus proche ART. 731. al. 1. A la première ligne appartiennent ceux qui comptent le testateur comme leur souche commune, savoir les enfants et leurs descendants. ART. 183. Il existe entre les parents adoptifs et leurs enfants adoptifs ainsi que ses descendants, sauf les exceptions admises par la loi, les mêmes droits qu'entre enfants légitimes. ART. 734. al. 2. A la seconde ligne appartiennent les père et mère du testateur, ainsi que ceux qui ont pour souche commune les mêmes père et mère, savoir les frères et sœurs et leurs descendants.	ART. 669. Texte identique à l'art. 745 C. C. Français, sauf les mots « ni de primogéniture » qui manquent dans le Code Roumain. ART. 306. Texte identique à l'art. 333 C. C. Fr. ART. 345. al. 2. Texte identique à l'art. 350 al. 2, C. C. Fr. ART. 670. Si le défunt n'a laissé ni postérité, ni frère, ni sœur, ni descendants d'eux, la succession est dévolue aux ascendants les plus proches Les ascendants au même degré succèdent par parts égales.	ART. 736. Texte identique à l'art. 669 C. C. Roumain. ART. 737. Sous le nom d'enfants légitimes on entend ainsi les enfants légitimés, les adoptifs et leurs descendants. — Mais quoique les enfants adoptifs et leurs descendants succèdent aussi à l'adoptant, même concurremment avec les enfants légitimes, ils demeurent étrangers à la succession de tous les parents de l'adoptant. ART. 739. Si le défunt n'a laissé ni enfant, ni ses père et mère, ni frères ou sœurs, ni descendants d'eux, les ascendants de la ligne paternelle succèdent pour une moitié et pour l'autre moitié les ascendants de la ligne maternelle sans avoir égard à l'origine des biens. Si, cependant les ascendants ne sont pas au même degré, l'hérédité est dévolue au plus proche sans distinction de ligne.	ART. 19 identique al. 1 C. C. ART. 19 identique al. 2, in pri ART. 198 tous les l quelques- ment d'e viennent sentation, deront pa si une émi a produit branches, sion se fe souches d branche plusieurs les mem même se deront po égales. ART. 1 comptés des enfan les enfan par mar quent, co aux disq l'art. 149. ART. 19 fant n'a descenda cession père et n pour m survivani tout. § unqi exceptior dans le c l'art. 123

GISLATIONS COMPARÉES

2 successeurs

RTUGAIS 1867	C. C. ESPAGNOL de 1889	C. C. ALLEMAND de 1900	C. C. SUISSE de 1907	PROJET du C. C. HONGROIS de 1901
85. Texte à l'art. 745, Fr. 86. Texte à l'art. 745, <i>nc.</i>, C. C. F. 7. Lorsque héritiers ou ns seule- ntre eux par repré- ils succè- r souche ; me souche plusieurs la subdivi- a aussi par ans chaque ui compte héritiers, et res de la che succè- r des parts 988. Sont au nombre s légitimes, s légitimes age subsé- formément ositions de 3. Si l'en- as laissé de ts, sa suc- choit à ses re, chacun lie et au pour le . Il est fait cette règle s prévu par	ART. 930. — La suc- cession appartient en premier lieu à la ligne directe, descendants. ART. 931. — Texte identique à l'art. 745 al. 1, C. C. Fr. ART. 932. — Texte identique à l'art. 745 al. 2, <i>in princ.</i>, C. C. Fr. ART. 933. — Les petits enfants d'autres descendants héritent par droit de repré- sentation, et si l'un d'eux était mort, lais- sant plusieurs héri- tiers, la part lui reve- nant se diviserait en- tre eux par portions égales. ART. 934. — Si le défunt laisse des en- fants et descendants d'un autre enfant pré- décédé, les premiers hériteront en vertu de leur droit propre, les autres par repré- sentation. ART. 935. — A dé- faut d'enfants ou de descendants légitimes les ascendants du dé- funt hériteront de lui et exclueront les col- latéraux. ART. 936. — Les père et mère, s'ils survivent, héritent par parties égales. Si un seul même survit, il recueillera toute la succession (1) de leur enfant.	ART. 1924. — Les héritiers légitimes du premier ordre sont les descendants du dé- funt. Le descendant en vie au moment de la dévolution exclut de la succession les descendants parents du défunt par son intermédiaire. A la place du descendant qui n'est plus en vie au moment de la dé- volution viennent les descendants parents du défunt par on intermédiaire (succes- sion par souches). Les enfants succèdent par parties égales. ART. 1757. — Par l'adoption, l'adopté acquiert la position juridique d'enfant lé- gitime de l'adoptant. ART. 1767. — Les effets de l'adoption s'étendent aux des- cendants de l'adopté. Ils ne s'étendent au descendant déjà exis- tant lors de la con- clusion du contrat et aux descendants de celui-ci nés ulté- rieurement, que si le contrat a été égale- ment conclu avec les descendants déjà exis- tant. ART. 1925. Les héri- tiers légitimes du 2^e ordre sont les père et mère et leurs des- cendants. Si, au mo- ment de la dévolu- tion, les père et mère sont en vie, ils suc- cèdent seuls par parts égales. Si, au moment de la dévo- lution, le père ou la mère ne vit plus, ses descendants viennent à sa place, conformé- ment aux disposi- tions relatives à la succession du 1^{er} or- dre. S'il n'existe pas de descendants, le sur- vivant succède seul.	ART. 457. Les héri- tiers les plus proches sont les descendants. Les enfants succèdent par tête : les enfants des prédécédés sont représentés par leurs descendants, qui suc- cèdent par souches à tous les degrés. ART. 465. L'adopté et ses descendants ont envers l'adoptant le même droit de suc- cession que les des- cendants légitimes. ART. 458. Les héri- tiers du défunt qui n'a pas laissé de pos- térité sont le père ou la mère. Ils succèdent par tête. Le père ou la mère prédécédés sont représentés par leurs descendants qui succèdent par souche à tous les degrés. A défaut d'héritiers dans l'une des lignes, toute la succession est dé- volue aux héritiers de l'autre.	ART. 1804. — L'hé- ritier le plus proche est l'enfant. A la por- tion d'un enfant pré- décédé succèdent les descendants de celui- ci ; à la portion d'un petit-fils prédécédé succèdent ses descen- dants et ainsi de suite succession par sou- che.) Les enfants succè- dent par tête. ART. 1806. — A défaut de femme sur- vivante succèdent le père et la mère, cha- cun par moitié ; à la portion d'un auteur prédécédé succèdent ses descendants par souche. S'il n'existe pas de descendants du prédécédé, le sur- vivant succède seul.

VII. — TABLEAU DES LÉ

Les ordres de

C. C. FRANÇAIS de 1804	C. C. AUTRICHIEN de 1810	C. C. ROUMAIN de 1865	C. C. ITALIEN de 1866	C. C. PO de 1
ART. 747. Les ascendants succèdent, à l'exclusion de tous autres, aux choses par eux données à leurs enfants ou descendants décédés sans postérité, lorsque les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession. — Si les objets ont été aliénés, les ascendants recueillent le prix qui peut en être dû. Ils succèdent aussi à l'action en reprise que pouvait avoir le donataire.				
ART. 748. Lorsque les père et mère d'une personne morte sans postérité lui ont survécu, si elle a laissé des frères, sœurs, ou des descendants d'eux, la succession se divise en deux portions égales, dont moitié seulement est déférée au père et à la mère, qui la partagent entre eux également — L'autre moitié appartient aux frères, sœurs, ou descendants d'eux, ainsi qu'il sera expliqué dans la section V du présent chapitre.				
ART. 749. Dans le cas où la personne morte sans postérité laisse des frères, sœurs, ou des descendants d'eux, si le père ou la mère est prédécédé, la portion qui lui aurait été dévolue conformément au précédent article, se réunit à la moitié déférée aux frères, sœurs ou à leurs représentants, ainsi qu'il sera expliqué à la section V du présent chapitre.				
ART. 750. En cas de prédécès des père et mère d'une personne morte sans postérité, ses frères, sœurs ou leurs descendants sont appelés à la succession, à l'exclusion des ascendants et des autres collatéraux. — Ils succèdent, ou de leur chef, ou par représentation, ainsi qu'il a été réglé dans la section II du présent chapitre.				
ART. 751. Si les père et mère de la personne morte sans postérité lui ont survécu, ses frères, sœurs ou leurs représentants ne sont appelés qu'à la moitié de la succession. Si le père ou la mère seulement a survécu, ils sont appelés à recueillir les trois quarts				
ART. 752. Le partage de la moitié ou des trois quarts dévolus aux frères ou sœurs, aux termes de l'article précédent, s'opère entre eux par égales portions, s'ils sont tous du même lit; s'ils sont de lits différents, la division se fait par moitié entre les deux lignes paternelle et maternelle du défunt; les germains prennent part dans les deux lignes et les utérins ou consanguins chacun dans leur ligne seulement: s'il n'y a de frères ou sœurs que d'un côté, ils succèdent à la totalité, à l'exclusion de tous autres parents de l'autre ligne.				
ART. 671. Texte identique à l'art. 748 al. 1. C. C. Fr.				
ART. 740. Si avec les père et mère un d'eux seulement concourt d'ascendants ou de sœurs germains du défunt, ils sont appelés à la succession par tête, pourvu que le père et la mère ou l'un d'eux ne soient pas d'un tiers. S'il y a des frères et sœurs consanguins ou utérins, ils succèdent par tête, mais, qu'ils concourent avec des frères ou sœurs ou qu'ils soient seuls, ils acquièrent de la quote-part appartenant aux frères et sœurs. Les descendants des frères et sœurs concourent par souche. La part qui revient à un père et mère survivant est déduite de la quote-part appartenant aux autres ascendants les plus proches de la manière déterminée par l'article précédent.				
ART. 672. Texte identique à l'art. 750 C. C. Fr.				
ART. 741. Si le défunt n'a laissé ni enfants ni ses père et mère ou autres ascendants, les frères et sœurs succèdent par tête et leurs descendants par souche.				
ART. 673. Texte identique à l'art. 751 C. C. Fr.				
ART. 741, al. 2. Cependant les frères et sœurs consanguins ou utérins et leurs descendants en concours avec des frères ou sœurs germains ou leurs descendants ont droit à la moitié seulement de la quote-part qui appartient aux germains.				
ART. 674. Texte identique à l'art. 752 C. C. Fr.				
ART. 199. Les père et mère du défunt laissent à leur sœur ou à leur frère, s'ils sont de même degré et plus éloignés, la portion qui leur revient par tête, et la ligne à laquelle ils appartiennent.				
ART. 199. Les père et mère du défunt laissent à leur sœur ou à leur frère, s'ils sont de même degré et plus éloignés, la portion qui leur revient par tête, et la ligne à laquelle ils appartiennent.				
ART. 199. Les père et mère du défunt laissent à leur sœur ou à leur frère, s'ils sont de même degré et plus éloignés, la portion qui leur revient par tête, et la ligne à laquelle ils appartiennent.				

ISLATIONS COMPARÉES

successeurs.

TUGAIS 1867	C. C. ESPAGNOL de 1889	C. C. ALLEMAND de 1900	C. C. SUISSE de 1907	PROJET du C. C. HONGROIS de 1901
e ou avec frères et admis à en aucun èdent les moindre eurs con- nt aussi, germain la moitié germain. succè- viendrait rée à leur s proches, rticle pré-	ART. 811. — L'as- cendant qui hérite de son descendant de biens acquis à titre gratuit d'un autre as- cendant ou d'un frère, est obligé de respec- ter les droits qui seraient acquis en vertu de la loi, au profit des parents jusqu'au troisième de- gré appartenant à la ligne d'où viennent les biens. ART. 812. — Texte identique à l'art. 747 C. C. Fr.			
. A défaut mère du succession e à ses as- u second es degrés és. 7. Si les survivants au même succèdent quelque soit aquelle ils nt. . L'ascen- trouve au s proche la succes- entière à gne qu'il	ART. 937. A défaut des père et mère la succession appartiendra aux ascendants du degré le plus proche. S'ils sont plusieurs d'égal degré et de la même ligne ils partageront la succession par tête, s'ils se trouvent de lignes différentes, mais d'égal degré, une moitié appartiendra aux ascendants paternels et l'autre aux ascendants maternels. Dans cha- que ligne la division se fait par tête. ART. 938. La dispo- sition des deux articles précédents ne porte atteinte aux prescrip- tions des articles 811 et 812 qui sont appli- cables aux successeurs <i>ab intestat</i> comme aux successeurs testa- mentaires.			

VIII. — TABLEAU DES L

Les ordres o

C. C. FRANÇAIS de 1804	C. C. AUTRICHIEN de 1810	C. C. ROUMAIN de 1865	C. C. ITALIEN de 1866	C. C. PO de
ART. 753. A défaut de frères ou sœurs ou de descendants d'eux, et à défaut d'ascendants dans l'une ou l'autre ligne, la succession est déferée par moitié aux ascendants survivants; et pour l'autre moitié, aux parents les plus proches de l'autre ligne. S'il y a concours de parents collatéraux au même degré, ils partagent par tête. ART. 754. Dans le cas de l'acte de précédent le père ou la mère survivante a l'usufruit du tiers des biens auxquels il ne succède pas en propriété. ART. 755. Les parents au delà du douzième degré ne succèdent pas. A défaut de parents au degré succésible dans une ligne, les parents de l'autre ligne succèdent pour le tout.	ART. 731, al. 3. A la troisième ligne appartiennent les aïeuls ainsi que les frères et sœurs des père et mère et leurs descendants. Al. 4. A la quatrième ligne appartiennent les bisaïeuls du défunt ainsi que leurs descendants. Al. 5. A la cinquième ligne appartiennent les trisaïeuls du défunt ainsi que ceux qui en descendent. Al. 6. A la sixième appartiennent les quatrisaïeuls du testateur ainsi que ceux qui en sont issus.	ART. 675. A défaut de frères ou sœurs ou descendants d'eux et à défaut d'ascendants, la succession est dévolue aux parents collatéraux les plus proches. Lorsqu'il y a plusieurs collatéraux au même degré ils partagent par tête. ART. 676. Les parents succèdent jusqu'au douzième degré inclusivement.	ART. 742. Si le défunt n'a laissé ni enfants, ni ses père et mère, ni ascendants, ni frères ou sœurs, ni descendants d'eux, la succession s'ouvre en faveur du parent ou des parents les plus proches du défunt, sans distinction de ligne paternelle ou maternelle. ART. 742, al. 2. La succession n'a pas lieu entre parents au delà du dixième degré.	ART. 742. Si le défunt n'a laissé ni enfants, ni ses père et mère, ni ascendants, ni frères ou sœurs, ni descendants d'eux, la succession s'ouvre en faveur du parent ou des parents les plus proches du défunt, sans distinction de ligne paternelle ou maternelle. ART. 20. Le défunt laisse des frères ou sœurs germains ou utérins ou utérines par le part ou la cession ou sera de la descendance et sœurs de la descendance et sœurs ou utérines. ART. 20. Le défunt laisse des frères ou sœurs germains ou utérins ou utérines par le part ou la cession ou sera de la descendance et sœurs de la descendance et sœurs ou utérines.

LEGISLATIONS COMPARÉES

successeurs.

UGAIS 1867	C. C. ESPAGNOL de 1889	C. C. ALLEMAND de 1900	C. C. SUISSE de 1907	PROJET du C. C. HONGROIS de 1901
0. Si le laissé ni ni ascen- pas dis- biens, ses eurs légi- descen- ccèdent.	Art. 946. A défaut de personnes énumé- rées dans les 3 sec- tions précédentes la succession sera dévolue aux parents colla- téraux et au conjoint dans l'ordre établi par les articles suivants.	Art. 1926. Sont hé- ritiers légitimes de 3 ^e ordre les aïeuls du défunt et leurs descen- dants. Si, au mo- ment de la dévolu- tion, les aïeuls sont en vie, ils succèdent seuls et par parts égales. Si, des aïeuls paternels ou mater- nels, l'aïeul ou l'aïeule n'est plus en vie au moment de la dévo- lution, les descen- dants du prédécédé viennent à sa place.	Art. 459. Les héri- tiers du défunt qui n'a laissé ni postérité, ni père, ni mère, ni descendants, sont les grands - parents. Ils succèdent par tête, dans chacune des lignes. Le grand- parent prédécédé est représenté par ses descendants, qui suc- cèdent par souche à tous les degrés. En cas de décès sans pos- térité d'un grand - parent de la ligne paternelle ou mater- nelle, sa part échoit aux héritiers de la même ligne. En cas de décès sans posté- rité des grands - parents d'une ligne, toute la succession est dévolue aux héritiers de l'autre.	Art. 1807. A défaut des parents ou de descendants d'eux, succèdent les grands- parents chacun pour un quart. Si le grand- parent est prédécédé, son quart échoit à ses descendants par sou- ches. Si un grand- parent prédécédé n'a pas laissé de posté- rité, sa part échoit à son conjoint survi- vant. A défaut de grands-parents d'une ligne, toute la suc- cession est dévolue aux grands - parents de l'autre ligne, à cha- cun pour moitié.
Si le dé- à la fois ou sœurs des frères consanguins les ger- tront d'ou- ns la suc- que. Il en me en cas rs entre s de frères germains et s de frères consanguins	Art. 947. S'il n'y a que des frères ger- mains et du double lien, ils hériteront par portions égales.	S'il n'y a pas de des- cendants, la part du prédécédé revient au survivant, son con- joint et, s'il n'existe plus, à ses descen- dants.	toute la succession est dévolue aux héritiers de l'autre.	Art. 1808. A défaut d'aïeuls ou de des- cendants d'eux, suc- cèdent les bisaïeuls par parts égales.
A. A défaut parents et mention- article pré- succession e aux col- utres suc- césignés ci- usqu'au gré.	Art. 948. S'ils sont en concours avec des neveux, enfants de frères germains, les frères hériteront par tête, les neveux par souche.	Si, au moment de la dévolution, les aïeuls paternels ou les aïeuls maternels ne sont plus en vie et s'il n'y a pas de des- cendants des prédé- cédés, les autres aïeuls ou leurs descendants succèdent seuls. Lors- que les descendants viennent à la place de leur père et mère ou de leurs aïeuls, l'on applique les dispo- sitions relatives à la succession dans le premier ordre.	Art. 460. Les grands - parents et leur postérité sont les derniers héritiers du sang. Toutefois, les arrière- grands - pa- rents ont droit à l'usu- fruit de la part qui eût été dévolue à leurs descendants si ces derniers avaient sur- vécu. Cet usufruit, en cas de prédécès, passe aux grands-oncles et grand-tantes du dé- funt.	Art. 1809. A défaut de bisaïeuls, succède celui de leurs descen- dants qui est en degré de parenté le plus rapproché du défunt; s'il y a plusieurs en degré égal, ils suc- cèdent par parts égales.
	Art. 950. Dans le cas où il n'existe que des frères utérins ou consanguins, tous hé- ritent par égale part sans distinction des biens.	Art. 1927. Celui qui, dans le premier, le second ou le troisième ordre, appartient à plusieurs souches, re- cueille la part qui lui revient dans chacune de ces souches. Cha- que part est consi- dérée comme une part héréditaire dis- juncte.	Art. 480. — A dé- faut de descendants de bisaïeuls succède le fisc.	
	Art. 951. Les enfants de frères utérins ou consanguins succé- dent par tête ou par souche selon les règles établies pour les frères germains.	Art. 1928. Sont héritiers légaux du 4 ^e ordre les bisaïeuls du défunt et leurs descendants. Si, au moment de la dévolution, les bisaïeuls sont en vie, ils succèdent seuls; s'ils sont plusieurs, ils succèdent par parts égales sans distinguer s'ils appartiennent à la même ligne ou à des lignes différentes. Si, au moment de la dévolution, les bisaïeuls ne sont plus en vie, celui de leurs descendants qui est au degré de parenté le plus proche au défunt succède seul; s'il y en a plusieurs au même degré, ils succèdent par parts égales.		
	Art. 954. En l'ab- sence de frères, des- cendants de frères et de conjoint survivant, les autres parents collatéraux recuei- lent la succession du défunt. La succession leur appartient sans distinction de lignes et sans préférence entre eux à raison du double lien.	Art. 1929. Sont héritiers légitimes du 5 ^e ordre et des ordres sui- vants les aïeuls plus éloignés du défunt et leurs descendants. Sont applicables par analogie les dispositions de l'art. 1928, al. 2 et 3.		
	Art. 955. Le droit de succession <i>ab in- testat</i> ne va pas au delà du sixième degré de parenté collatérale.	Art. 1930. Aucun parent n'est appelé à la succession tant qu'il est un parent de l'ordre précédent.		

CHAPITRE IV

DE L'ORDRE DE LA SUCCESSION ENTRE LES PARENTS LÉGITIMES

SECTION PREMIÈRE

Premier ordre

§ 1. HÉRITIERS APPELÉS

Remarque. — Toutes les législations font entrer dans le premier ordre appelé les descendants. Ils excluent donc tous les autres héritiers, ascendants ou collatéraux. Il n'en a pourtant pas toujours été ainsi. Il y a eu une époque où les frères du *de cujus* disputaient la succession aux fils de celui-ci. La loi des Wisigoths a modifié ces coutumes et disposé que les collatéraux viennent après les descendants¹.

Personnes appelées. — On est d'accord pour comprendre sous la dénomination d'enfants ou leurs descendants de l'article 745, seulement les enfants et leurs descendants légitimes.

Mais en vertu des textes spéciaux il faut y ajouter les

(1) Viollet, *op. cit.*, p. 820.

enfants légitimes ⁽¹⁾ et leurs descendants (art. 333) et les enfants adoptifs (art. 330). Nous rappelons que les enfants adoptifs n'ont des droits que dans la succession du père adoptant, nous rappelons également que le droit de succession des descendants de l'enfant adoptif dans la succession de l'adoptant est discuté dans certaines législations ⁽²⁾ et reconnu dans certaines autres ⁽³⁾.

Concours avec d'autres héritiers. — *En droit français* les premiers appelés peuvent subir le concours des enfants naturels ou de ses descendants qui prennent la moitié de la part des légitimes (art. 758), et enfin le concours du conjoint survivant qui a droit à l'usufruit du quart de la succession si les enfants sont tous issus du mariage, ou d'une part d'enfant le moins prenant sans que celle-ci puisse excéder le quart, si le défunt a des enfants nés d'un premier mariage (art. 767).

En droit romain viennent en concours avec les premiers appelés la veuve survivante, si elle est pauvre, pour l'usufruit du tiers de l'hérédité s'il n'y a qu'un enfant ou l'usufruit d'une portion civile s'il y en a plusieurs (art. 684) ; les enfants naturels *à la succession de la mère seulement* avec des droits égaux aux enfants légitimes (art. 677.)

En droit italien, avec des enfants ou descendants viennent en concours les enfants naturels pour la moitié de la part qu'ils auraient eu s'ils eussent été légitimes (art. 744) ; le conjoint survivant pour l'usufruit d'une portion virile si les enfants sont tous légitimes, et pour l'usufruit d'une

(1) Cass. roum., 23 mai 1890, B. 90, p. 638.

(2) Voyez *suprà*, p. 350 et s.

(3) Voyez *suprà*, p. 355 et s.

part d'enfant légitime si en concours avec les enfants légitimes viennent des enfants naturels, sans toutefois que cette part puisse dépasser le quart de l'hérédité (art. 753.)

En droit portugais on fait une distinction selon que les enfants naturels ont été reconnus avant ou après le mariage du *de cujus*, dont sont sortis les enfants légitimes avec qui ils viennent en concours. S'ils ont été reconnus avant le mariage, leur part est égale à la réserve des enfants légitimes (qui est de deux tiers, art. 784) diminuée d'un tiers, (art. 1991 et 1785, al. 1). S'ils ont été reconnus après le mariage leur part ne pourra excéder la réserve des autres enfants, diminuée d'un tiers et ne pourra être prise que sur le disponible. (art. 1991 et 1785, al 2.)

2) Le conjoint survivant, s'il est dans le besoin et n'est pas remarié a droit aux aliments. (art. 1231).

En droit espagnol, les enfants naturels ont chacun droit à la moitié de la quotité revenant à chacun des enfants légitimes n'ayant point de préciput avec faculté pour les enfants légitimes de leur fournir la part qui leur revient en argent ou en d'autres biens (art. 942 et 840.)

§ II. — DU PARTAGE DE LA SUCCESSION

Mode de partage. — La succession se partage par égales portions¹ et par tête quand les descendants sont au même degré ; et par souche quand ils sont à un degré inégal.

Inexactitude de langage. — L'article 745 dit que les enfants succèdent par égales portions et par tête *quand ils sont tous* AU PREMIER DEGRÉ *et appelés de leur chef*, ce qui

laisserait entendre que lorsqu'ils sont tous au deuxième degré, bien qu'appelés de leur chef ils ne partageraient pas par tête. — Or, c'est le contraire qui est vrai¹. Toutes les fois que les cohéritiers viennent de leur chef le partage se fait par tête, qu'ils soient au premier degré, au deuxième ou au troisième et ainsi de suite. On doit donc lire l'article 745 comme s'il disposait : « quand il sont tous au premier degré appelé » ou « quand ils sont tous au même degré » ou il vaut mieux encore supprimer cette proposition, car, dès que les héritiers viennent tous de leur chef, c'est qu'ils sont tous au même degré.

La même inexactitude se retrouve dans les articles correspondant étrangers art. 669 C. C. Roumain²; art. 736, al: C. C., 2, Italien; art. 1986 C. C. Portugais. Le langage du Code Espagnol, art 932 et ss. est encore plus curieux.

SECTION II

Deuxième ordre

Remarque. — Nous rappelons qu'il y a trois systèmes législatifs pour la composition du deuxième ordre. Le premier — suivi en France et en Roumanie — y fait entrer le père et mère ou leur survivant avec les frères et sœurs ou leurs descendants, selon des règles que nous verrons; le deuxième, — suivi en Italie — y fait entrer tous les ascendants et les frères et sœurs ou les descendants de ceux-ci; le troisième, suivi en Portugal et en Espagne —

(1) Demolombe, XIII, n. 445; Laurent, XI, n. 84; Baudry et Wahl, I, n. 359.

(2) Alexandresco, III, p. 270, n. 4; Petresco, I, p. 210 et s.

y fait entrer les ascendants seuls à l'exclusion des frères et sœurs.

§ I. — PREMIER SYSTÈME

Remarque. — Les deux législations qui adoptent ce système, présentent des différences considérables qui découlent de l'application normale des principes différents admis par ces législations pour partager la succession. Force nous sera donc de les étudier séparément.

Terminologie. — Les père et mère sont des ascendants : les frères et sœurs sont des collatéraux. Les ascendants succèdent dans le troisième ordre ; les collatéraux dans le quatrième. Mais le législateur fait une faveur, à raison du proche degré de parenté, aux père et mère et aux frères et sœurs qu'il apporte en deuxième ordre. C'est pour cela qu'on appelle les premiers ascendants privilégiés et la derniers collatéraux privilégiés.

I. — Héritiers appelés

a) Droit français

Deux hypothèses. — Sont appelés en deuxième ordre les père et mère et les frères et sœurs du défunt. Il ne s'agit ici que de parents légitimes, car le droit des père et mère naturels et des frères et sœurs naturels est réglementé tout autrement. Il faut exclure de même les parents et les frères et sœurs adoptifs qui ne succèdent pas. La loi prévoit deux hypothèses possibles pour les héritiers du second ordre : soit que les frères et sœurs viennent en concours avec les père et mère : soit que ces derniers sont

prédécedés, ou renonçants ou indignes ; dans ce cas les premiers succèdent seuls.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE :

*Concours des frères et sœurs ou leurs descendants
avec les père et mère*

Dans le cas où les père et mère viennent en concours avec les frères et sœurs du défunt, la loi donne aux premiers la moitié de la succession, qu'ils partagent entre eux par tête, soit un quart chacun, et aux derniers l'autre moitié qu'ils partagent différemment selon qu'ils sont tous germains ou unilatéraux, ainsi que nous le verrons. Au cas où un seul auteur est survivant, la part du prédécédé accroît aux frères et sœurs et non au conjoint survivant. Il en sera de même si l'un des auteurs est renonçant ou indigne. S'il n'y a donc qu'un seul auteur, les collatéraux prennent les trois quarts de la succession.

Pour les descendants des frères et sœurs, il faut remarquer qu'ils partagent par souche, même lorsqu'ils viennent de leur chef. C'est l'ancienne représentation à fin de partager, que le législateur a maintenue pour sauvegarder le principe d'égalité des partages, bien que cette solution soit contradictoire avec la définition de la représentation.

Nous remarquons encore qu'il y a dans le mode de distribution de la succession aux héritiers du second ordre, une dérogation au principe de la fente qui veut que chaque ligne ait les mêmes droits. En effet, s'il y a un frère uni-

latéral, la ligne dans laquelle il se trouve prendra plus que l'autre. Supposons un frère consanguin en concours avec les père et mère du défunt, la ligne maternelle représentée par la mère aura le quart, alors que la ligne paternelle représentée par le père et le frère consanguin aura les trois quarts.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE :

Les frères et sœurs ou leurs descendants seuls.

A défaut des père et mère, les frères et sœurs ou leurs descendants, sont appelés à toute la succession à l'exclusion des ascendants et autres collatéraux (art. 750, al. 1).

Il s'est élevé une difficulté à l'effet de savoir si cet appel à toute la succession a lieu en faveur des frères et sœurs germains seulement, ou bien s'il a lieu également en faveur des frères et sœurs unilatéraux. La difficulté vient de ce que la fente s'oppose à ce que les frères et sœurs appartenant à une seule ligne prennent toute la succession et que l'article 752 prévoie expressément une dérogation à la fente donnant toute la succession, aux frères et sœurs unilatéraux quand ils sont en concours avec les père et mère et ont droit à la moitié ou aux trois quarts de l'hérédité. L'article 750, qui prévoit le cas où les frères et sœurs viennent seuls et ont droit à toute l'hérédité, ne prévoit pas expressément que les unilatéraux prennent dans ce cas aussi toute la succession par exception à la fente. Et on ne peut pas étendre les exceptions aux cas analogues. On s'est décidé néanmoins en faveur des frères et sœurs unilatéraux.

En effet, si l'article 733, qui pose le principe de la fente,

ne prévoit EXPLICITEMENT qu'une exception au principe ; celle de l'article 752 qui suppose le *concours des frères et sœurs avec les père et mère* et établit que s'il n'y a que des frères et sœurs *unilatéraux*, ils succèdent à la *totalité de la moitié ou des trois quarts*, à l'exclusion de tous autres parents de l'autre ligne. Il prévoit néanmoins IMPLICITEMENT l'hypothèse où les frères et sœurs unilatéraux viendraient à la succession seuls, à défaut de père et mère et auraient ainsi droit à toute la succession.

Si les frères et sœurs consanguins ou utérins, par exception à la fente, recueillent *toute la portion attribuée aux collatéraux privilégiés* quand ceux-ci viennent en concours avec les père et mère, ils doivent également pouvoir recueillir *toute la portion attribuée aux collatéraux privilégiés* quand ils ne viennent pas en concours avec les père et mère. Il n'y a pas plus de raisons de les traiter mieux quand ils viennent en concours avec les père et mère que lorsqu'ils viennent seuls, à défaut des père et mère. Les articles 730 et 752 doivent être combinés avec l'art. 750. Il y a encore d'autres arguments à faire valoir dans cette opinion.

L'art. 733 renvoie à l'art. 752 pour une exception à la fente. L'art. 752 prévoit le cas où les frères et sœurs unilatéraux sont en concours avec les père et mère et, par exception à la fente, leur attribue toute la portion due aux collatéraux : *ils succèdent à la totalité à l'exclusion de tous autres parents de l'autre ligne*.

Or, l'art. 750 prévoit qu'en cas de prédécès des père et mère d'une personne morte sans postérité, ses frères et sœurs, ou leurs descendants, *sont appelés à la suc-*

cession à l'exclusion des ascendants et des autres collatéraux.

L'art. 750 n'exige pas, pour que les ascendants et autres collatéraux soient exclus, que les frères et sœurs soient germains. Et où la loi ne distingue pas, l'interprète n'a pas à distinguer non plus.

D'ailleurs, toute distinction est impossible, car l'art. 750 dans sa rédaction primitive n'accordait effectivement le droit de prendre toute la succession qu'au germain. Or ce mot a ensuite été rayé. Cela suffisait à établir l'intention du législateur.

Concours exceptionnel des frères et sœurs avec d'autres héritiers. — En dehors du concours ordinaire des frères et sœurs avec les père et mère, ils peuvent encore avoir à subir de nombreux concours exceptionnels. Ainsi, l'ascendant donateur a le droit de reprendre les biens donnés s'ils se retrouvent en nature dans la succession ou le prix si les biens ayant été vendus, le prix n'a pas encore été payé (art. 747); les enfants naturels du *de cujus* ont droit aux trois quarts de la portion qu'ils auraient eue s'ils avaient été légitimes, c'est-à-dire aux trois quarts de la succession, car s'ils eussent été légitimes, ils eussent pris toute la succession (art. 759); le conjoint survivant qui a l'usufruit de la moitié de la succession (art. 767).

b) *Droit roumain.*

Trois hypothèses. — Le droit roumain n'a pas adopté la fente sinon pour les frères et sœurs germains ou leurs descendants en concours avec des frères et sœurs unilatéraux ou leurs descendants. Tous les autres parents, ascendants et unilatéraux, succèdent par proximité de degré.

Dès lors, de la combinaison des art. 670 qui fait succéder les ascendants par proximité de degré ; 672 qui donne toute la succession aux frères et sœurs à défaut des père et mère ; et 673 qui donne aux frères et sœurs la moitié ou les trois quarts de la succession selon qu'ils sont en concours avec les père et mère ou avec l'un d'eux seulement, il résulte que l'ordre des privilégiés comprend trois hypothèses¹, tandis que le droit français, n'en prévoyait que deux.

1° les père et mère, ou l'un d'eux, en concours avec les frères et sœurs ou leurs descendants ;

2° Les frères et sœurs ou descendants d'eux, seuls, à défaut des père et mère ;

3° Les père et mère, ou l'un d'eux, seul, à défaut de frères et sœurs.

Les raisons qui nous poussent à faire entrer les père et mère dans le deuxième ordre sont identiques à celles que nous avons données, pour faire entrer tous les ascendants dans le deuxième ordre italien². C'est que les père et mère ont en droit romain à défaut de frères et sœurs la même fonction d'accaparement que les frères et sœurs à défaut des père et mère, ce qui n'est pas le cas du droit français. Or, puisque les frères et sœurs sont dans le deuxième ordre, qu'ils soient en concours avec les père et

(1) Petresco, I, p. 218 et s. ; un auteur éminent ne distingue dans le deuxième ordre que les deux hypothèses du droit français : père et mère en concours avec les frères et sœurs ou frères et sœurs seuls, à défaut des père et mère, mais il ne fait entrer dans le troisième ordre que les ascendants *autres que les père et mère*. — Alexandresco, III, p. 273 et s. — Et les père et mère où succèdent-ils alors quand ils sont seuls ?

(2) Voyez *suprà*, p. 381 et s.

mère ou qu'ils soient seuls ; pourquoi les père et mère ne resteraient-ils pas dans le deuxième ordre quand ils sont seuls puisqu'ils le font quand ils sont en concours avec les frères et sœurs ¹ ?

Controverse évitée. — Le droit roumain repoussant la fente, a évité la controverse qui s'est élevée en droit français à propos de la combinaison des art. 733, 750 et 752.

Il est entendu que les frères et sœurs unilatéraux, lorsqu'ils sont seuls, excluent tous les ascendants ou collatéraux et prennent toute la succession, comme ils excluent tous les ascendants ou collatéraux sur la moitié ou les trois quarts quand ils viennent en concours avec les père et mère, car la succession est dévolue par proximité de degré et non par ligne de parenté.

Controverse importante en droit roumain. — Mais il y a une autre question controversée en droit roumain. C'est celle de savoir si le partage exceptionnel par lignes, admis pour les frères et sœurs de différents lits quand ils sont en concours avec les père et mère (art. 674) leur est applicable, même lorsqu'ils succèdent seuls à défaut des père et mère (art. 672). Nous y reviendrons au paragraphe suivant.

Identité avec le droit français. — Pour les autres questions il y a identité absolue du droit roumain avec le droit français.

Concours exceptionnel des héritiers du second ordre avec d'autres héritiers. — La veuve survivante si elle est pauvre, a droit à un quart de la succession en pleine propriété

(1) Bien qu'il en soit ainsi, nous n'avons pas fait du droit roumain un système indépendant parce que cela dérive non de la volonté expresse du législateur mais de l'application normale des principes adoptés par ce législateur.

(art. 684); nous rappelons que les enfants naturels priment les frères et sœurs ou le père, à la succession de leur mère seulement (677) ; en échange, à la succession du père naturel, les frères et sœurs viennent à l'exclusion de l'enfant naturel (art. 677). Le retour successoral de l'ascendant donateur n'existe pas en droit roumain.

II. — Répartition de la portion dévolue aux collatéraux privilégiés

a) Droit français

Lorsque les frères et sœurs sont tous germains ou consanguins ou utérins, ils partagent par tête. Mais lorsqu'ils sont de lits différents pour remédier à l'abolition de l'ancienne maxime *paterna paternis, materna maternis*, sauvegarder aussi l'égalité des partages, la loi a décidé d'accorder aux frères et sœurs germains du défunt une part plus grosse que celle qui est dévolue aux frères et sœurs unilatéraux. Pour y arriver, on partage la portion qui leur est due, en deux parts égales et on fait succéder chacun dans sa ligne. Le mode de répartition est organisé par l'art. 752 qui prévoit le concours des frères et sœurs avec les père et mère. Mais le système de la division par lignes étant la règle en droit français, cette même répartition aura lieu lorsque les frères et sœurs sont seuls (art. 750). Donc, s'il y a une succession de 100 et un frère germain, un utérin et un consanguin, le premier aura 50 et les deux derniers chacun 25. Mais cette division peut entraîner une rupture d'équilibre entre les deux lignes.

Terminologie. — On appelle ce droit des germains : privilège du double lien, mais il ne s'agit pas là à proprement parler d'un privilège, ce n'est que la conséquence de l'application du droit commun, c'est-à-dire du partage par lignes¹.

b) *Droit roumain*

Controverse importante. — Le droit roumain qui a repoussé la fente, a admis néanmoins le partage par lignes lorsque les frères et sœurs sont de lits différents, pour l'hypothèse prévue par l'article 752, C. C. Fr. (art. 674, C. C. Roum.). En droit français, il n'y a pas de doute, le partage se fera également par lignes dans l'hypothèse de l'article 750 (672, C. C. Roum.), car c'est l'application des règles générales de cette législation. Mais en sera-t-il de même en droit roumain qui a repoussé la fente ou appliquera-t-on dans le cas de l'article 672 (752, C. C. Fr.), la règle générale de la succession par proximité de degré et du partage par tête ?

C'est cette dernière solution qui est la seule acceptable, dit-on — ou plutôt a-t-on dit, car la question est aujourd'hui tranchée — car l'article 674 est une exception et les exceptions doivent rigoureusement être maintenues pour le cas pour lequel elles ont été créées².

C'est la première solution — bien au contraire — qui est la seule acceptable, répond-on dans un deuxième système, car l'article 674 est le seul qui prévoit le mode

(1) Laurent, II, n. 92 ; Baudry et Wahl, I, n. 368.

(2) Trib. Ilfov, s. III, 16 nov. 1882 ; Dr, 1882, p. 25 ; Apel Buc, s., III, 3 mai 1883 ; Dr 1883, p. 417. — Bonachi, III, p. 71.

de partage entre les frères et sœurs de différents lits ¹. On a produit en faveur de ce système de nombreux arguments.

Un premier motif se fonde sur ce que l'article 671 qui organise la succession des père et mère en concours avec les frères et sœurs prévoit le mode du partage entre les père et mère mais garde le silence sur le mode de répartition entre les frères et sœurs; d'un autre côté, l'article 672 qui organise la succession des frères et sœurs, à défaut des père et mère, ne prévoit pas non plus le mode de partage; et ce n'est que l'article 674 qui en parle et qui établit le partage par ligne. Le mode de partage prévu par ce dernier article doit donc s'appliquer et pour le cas prévu par l'article 672 qui ne fait qu'organiser la succession des frères et sœurs sans distinguer selon qu'ils sont ou non de différents lits.

Un deuxième motif est qu'il n'y a pas de raison que le partage entre des personnes de la même catégorie se fasse autrement, qu'elles soient seules ou en concours avec d'autres. Il ne faut pas que les frères et sœurs unilatéraux soient plus favorisés quand leur ordre est seul appelé que lorsqu'il est en concours avec les père et mère.

(1) Jugement remarquable du Tr. Mehedinti, s. I, 29 mars 1886; Dr, 1885-886, p. 329; Apel Crajova, s. II, Dr 1886-1887, p. 519; Tr. Ilfov, s. II, 30 juin 1887; Dr, 1887, p. 127; Cass. roum., I, 18 nov. 1887; Dr, 1886-1887, p. 714; Apel Buc, s. II, 21 déc. 1887; Dr, 1888, p. 128; Cass. roum., s. I, 20 juin 1889; B., 89, p. 62; Id., Dr, 1889, p. 430; Cass. roum., I, 28 mai 1890; B., 90, p. 638; Apel Galatzi, II, 19 oct. 1890; Dr, 1891, p. 294; Cass. roum., s. I, 22 fév. 1891; B., 91, p. 205; Id., Dr, 1891, p. 138; Cass. roum., s. I, 22 juin 1891; B., 1891, p. 741; Id., Dr, 1891, p. 116. — Alexandresco, III, p. 279 et s.; Petresco, I, p. 231 et s.; Degré, I, p. 165 et s.; Naco, II, p. 73 et s.; Cratunescu, v. Dr, 1886-1887, p. 897 et s.

Un troisième motif est que l'article 743, de la succession par tête, que les adversaires voudraient appliquer dans notre hypothèse, établit que la succession se partage par tête entre les collatéraux du même degré qui viennent à défaut de frères et sœurs ou de descendants de ceux-ci. C'est donc que ce mode de partage ne s'applique pas aux frères et sœurs.

Un quatrième motif est que l'article 674 a son origine dans l'article 752, C. C. Fr., dont il n'est que la traduction ; et l'article 672 a donc également son origine en droit français dans l'art. 750 dont il n'est également que la traduction.

Il est donc inadmissible d'interpréter les articles 672 et 674 autrement qu'on interprète leurs correspondants français.

Un cinquième motif — mais que nous repoussons — dit que dans l'ancien droit les frères et sœurs germains excluait les frères et sœurs unilatéraux¹ et qu'il résulte de l'article 674, que le privilège du double lien n'a pas été aboli par le Code mais seulement *atténué*. Nous repoussons ce motif, parce que nous ne comprenons nullement ce que l'ancien droit roumain vient chercher dans une controverse qui porte sur l'interprétation de deux articles copiés sur le Code Napoléon. S'il y avait nécessité — mais il n'y en a pas — de recourir à l'ancien droit, c'est à l'ancien droit français qu'il faudrait s'adresser mais non pas à l'ancien droit roumain.

(1) Code d'Andronaki Donici, ch. XXXVII, *Despre mosternirea cea fara diates*, art. 7; Code de Caradzea, p. iv, ch. III, *Despre mostenire sau clironomie*, art. 19, c. f. g. ; Code de Callimaki, art. 915, 930, 932, 937, 939.

Identité avec le droit français. — Le mode de répartition entre les frères et sœurs germains ou unilatéraux est donc identique au mode de répartition du droit français.

§ II. — DEUXIÈME SYSTÈME.

Le deuxième système — suivi en Italie — présente de nombreuses différences avec le premier système :

1° Il fait entrer en concours les frères et sœurs, non seulement avec les père et mère mais même avec les autres ascendants du défunt à défaut des père et mère¹ (art. 740).

2° Une seconde différence est, qu'à défaut des frères et sœurs, la succession est dévolue aux père et mère ou pour le tout à leur survivant (art. 738). La fente est exclue.

3° Au cas de concours des père et mère avec les frères et sœurs *germains* le partage se fait par tête, pourvu que la portion dans laquelle succèdent les père et mère ou l'un d'eux ne soit en aucun cas, moindre d'un tiers de l'hérédité (art. 740) ;

4° Si en concours avec les père et mère viennent des frères et sœurs unilatéraux seulement, la succession se partage par tête, mais ceux-ci ne prennent également que la moitié de la quote-part qu'ils eussent pris s'ils eussent été germains ;

5° Si en concours avec les père et mère viennent et des frères et sœurs germains et des frères et sœurs unilatéraux on partage par tête, mais comme ceux-ci n'ont droit

(1) Il en était ainsi dans l'ancien droit roumain Code d'Andronaki Donici, *loc. cit.*, art. 7.

qu'à la moitié de la quote-part des frères et sœurs germains (art. 740, al. 2) on aura à retrancher à chacun d'eux la moitié pour l'attribuer en portions égales aux père et mère et aux frères et sœurs germains. Si après ce partage les parents n'ont pas leur tiers il sera prélevé proportionnellement sur les parts de tous les frères ;

6° Lorsque à défaut des père et mère, les frères et sœurs viennent en concours avec les autres ascendants (v. n. 1°), ceux-ci ne prennent qu'exactlyement la portion qui serait revenue au père et à la mère (art. 740, *in fine*). Cette part est dévolue aux ascendants les plus proches en degré *sans distinction de ligne* ; mais si les ascendants sont de lignes différentes *et du même degré*, ils la partagent par moitié entre les lignes paternelle et maternelle. C'est un cas exceptionnel où la fente est admise (art. 739) ;

7° Si les frères et sœurs germains sont seuls — à défaut des père et mère ou autres ascendants — en concours avec des frères et sœurs unilatéraux le partage se fait selon la même règle qu'aux numéros 4 et 5 (art. 741) ;

8°) On partage de la même façon si les ascendants recueillent toute la succession par suite du défaut de frères et sœurs.

Controverse célèbre en droit italien sur la quotité des frères et sœurs unilatéraux. — Si simple que puisse paraître la formule des art. 740 et 741 du Code italien qui prévoient, le premier, le concours des frères et sœurs unilatéraux avec les père et mère ou avec les père et mère et avec des frères et sœurs germains et le second le concours avec des frères et sœurs germains à la totalité de la succession, elle a donné lieu *alla piu celebre e alla piu discussa questione del*

*diritto civile patrio*¹. La doctrine et la jurisprudence sont divisées sur ce point et *ne apparisce ancora segno di lontano accordo*. La controverse vient de ce que l'art. 740 emploie l'expression *quota spettando* alors que l'art. 741 parle de *quotache spetta*.

D'après les uns, la quote-part que prennent les unilatéraux est de la moitié de celle que prennent *en fait* les germains : *dimodoché questi in ogni caso deve ricevere esattamente il doppio del primo*, donc les germains doivent toujours recevoir exactement le double de ce que reçoivent les unilatéraux. C'est pourquoi on a baptisé cette doctrine : *dottrina dela quota di fatto*.

D'après les autres, la quote-part des frères et sœurs unilatéraux est de la moitié de celle que prennent, *en droit*, les germains, c'est-à-dire la moitié de la portion virile, *ossia la metà della virile*. C'est pourquoi on a baptisé cette doctrine : *dottrina dela quota di diritto*.

Ainsi, s'il y a un germain et un unilatéral, dans la doctrine de la quote-part *di fatto*, on divise la succession en trois et on donne deux tiers au germain et un tiers, soit la moitié de ce que prend en fait le germain, au frère unilatéral.

Au contraire, dans la doctrine de la quote-part *di diritto*, on attribue à l'unilatéral la moitié de ce qu'il aurait pris s'il eut été germain. Or, si tous les deux frères étaient germains, chacun aura pris la moitié de la succession. — Le frère unilatéral doit donc prendre la moitié de cette moitié, soit dans notre exemple, le quart de l'hérédité. — II

(1) Mazzoni, *op. cit* , p. 138.

paraît que c'est le système de la quote-part virile qui triomphe ¹.

Concours exceptionnel des héritiers du second ordre avec d'autres héritiers. — 1° En concours avec les père et mère du *de cujus* ou un seul d'entre eux, ou avec d'autres ascendants à défaut des père et mère les enfants naturels prennent les deux tiers de l'hérédité (art. 745) ; 2° si le *de cujus* n'a laissé ni descendants ni ascendants, la succession est dévolue pour le tout à l'enfant naturel — sauf son concours avec le conjoint survivant, s'il existe — qui exclue ainsi tous les collatéraux (art. 747) ; 3° le conjoint survivant vient en concours avec les ascendants et les frères et sœurs pour prendre un tiers en pleine propriété (art. 754). Le retour successoral de l'ascendant donateur n'a pas été adopté par le Code Italien.

§ III. — TROISIÈME SYSTÈME

Le troisième système — suivi en Portugal et en Espagne — diffère du système français sur les points suivants :

1° Il fait entrer dans le deuxième ordre les père et mère ou leur survivant ou, à défaut de survivant, les autres ascendants à l'exclusion de tous les collatéraux, même privilégiés (art. 1993, C. C. Port. ; art. 935, C. C. Esp.).

2° Les père et mère partagent par moitié ; si un seul est survivant, il prend le tout (art. 1993, C. C. P. ; art. 936, C. C. Esp.). Cette règle souffre dans le droit portugais, une exception prévue par l'article 1236 qui décide que si

(1) Voyez pour l'exposition des motifs, la doctrine et la jurisprudence, Mazzoni, p. 138 et s.

le père ou la mère qui se remariant recueillent du chef de l'un de ses enfants *du premier ou du second lit*, des biens échus à cet enfant dans la succession de son père ou de sa mère ; *les frères et sœurs germains* de cet enfant décédé auront la nue propriété desdits biens et le père ou la mère en aura seulement l'usufruit.

3° A défaut des père et mère survivants, la succession est dévolue aux autres ascendants les plus proches en degré quelle que soit la ligne à laquelle ils appartiennent (art. 1998, C. C. P. ; art. 937, C. C. Esp.).

Mais il y a ici une différence entre les deux législations pour le cas où il y a plusieurs ascendants au même degré.

D'après le Code Portugais, le partage se fait par tête, même s'ils sont tous au même degré, et quelle que soit la ligne à laquelle les ascendants appartiennent (art. 1997, C. C. P.)

Au contraire, dans le Code Espagnol, le partage ne se fait par tête que si les ascendants étant du même degré, sont aussi de la même ligne ; mais étant du même degré s'ils sont de ligne différente il y aura lieu au partage par lignes (art. 937, C. C. Esp.).

Le système Portugais est donc identique au système roumain ; le système espagnol identique au système italien.

Concours exceptionnel avec d'autres héritiers. — I. *Code Portugais.* — 1) Les enfants naturels prennent toute la succession à défaut d'enfants légitimes (art. 1990).

2) Le conjoint survivant a droit aux aliments, s'il est dans le besoin et n'est pas remarié (art. 1231).

II. *Code Espagnol*. — 1) L'ascendant donateur a droit au retour successoral (art. 812).

2) Les enfants naturels ont la moitié du disponible (art. 942 et 841).

SECTION III

Troisième ordre

Remarque. — Il y a pour le troisième ordre plusieurs systèmes législatifs.

Dans un premier système, on y fait entrer les ascendants du *de cuius*; dans le deuxième, ce sont les collatéraux ordinaires; dans le troisième, ce sont les collatéraux privilégiés.

§ I. — PREMIER SYSTÈME

Remarque. — Dans ce système qui fait entrer les ascendants dans le troisième ordre et qui est suivi en France et en Roumanie, il y a une scission qui résulte non de la volonté du législateur, mais de la différence de principes admis en matière de dévolution et de partage de la succession¹. Ces différences font qu'en France entrent dans le troisième ordre tous les ascendants même les père et mère lorsqu'ils sont seuls, alors qu'en droit roumain les père et mère qui sont seuls restent dans le deuxième ordre, ainsi que dans le troisième entrent seule-

(1) Voyez *suprà*, p. 431, note 1.

ment les ascendants du second degré et des degrés suivants.

I. — *Droit français*

En droit français entrent donc dans le troisième ordre les ascendants y compris les père et mère. La succession se partage par égales moitiés entre les deux lignes quelque soit le nombre et le degré de parenté des parents successibles dans une ligne par rapport au nombre et au degré de parenté des parents, dans l'autre ligne.

A l'intérieur de chaque ligne les successibles sont appelés par proximité de degré. Ceux qui sont du même degré dans chaque ligne partagent par tête. Le père ou la mère peuvent donc venir dans ce système en concours avec un collatéral au douzième degré de l'autre ligne.

Concours exceptionnel des héritiers du troisième ordre avec d'autres héritiers. — En dehors du jeu normal des principes qui peut amener le concours d'un ascendant d'une ligne avec un collatéral de l'autre ligne — qui n'est héritier que dans le quatrième ordre — il y a certains cas exceptionnels de concours. — 1° les enfants naturels du *de cujus* ont droit aux trois quarts de la succession (art. 759) ; 2° le conjoint survivant a droit à l'usufruit de la moitié de la succession (art. 767) ; 3° L'ascendant donateur a le droit de reprendre les biens donnés qui se retrouvent en nature ou leur prix de vente si celui-ci n'a pas encore été payé (art. 747).

II. — *Droit roumain*

Le troisième ordre roumain présente les différences suivantes avec l'ordre correspondant français.

1° Il comprend les ascendants à partir du deuxième degré seulement.

2° L'ascendant le plus proche exclut le plus éloigné quelque soit la ligne à laquelle il appartient ;

3° les ascendants du même degré partagent par tête quelque soit leur nombre ou la ligne à laquelle ils appartiennent¹.

Concours avec d'autres héritiers. — 1° Les enfants naturels dans la succession de la mère seulement sont assimilés aux enfants légitimes ; donc ils excluent les ascendants. (art. 677) ; 2° la veuve survivante, si elle est pauvre, a droit à un quart en pleine propriété (art. 684, al. 3). — Nous rappelons que le retour de l'ascendant donateur a été supprimé par le Code roumain.

§ II. — DEUXIÈME SYSTÈME

Ce système — suivi en Italie — fait entrer dans le troisième ordre, les collatéraux ordinaires jusqu'au dixième degré. La dévolution se fait par proximité de degrés sans

(1) L'ancienne législation roumaine variait. Il y a eu des lois qui étaient dans le sens du Code actuel : ainsi Code d'Andronaki Donici, chap. xxxvii, *Despre mostenirea ceea fara dinta*, art. 4 et 7 ; le Code de Caradzea, p. iv, ch. III, *Despre mostenire sau clironomie*, art. 188. Mais le dernier Code moldave, qui précéda le Code civil, faisait partager les ascendants par lignes : Code de Callimaki, art. 928. Nous rappelons qu'une jurisprudence avait décidé que sous l'empire de ce Code les ascendants germains avaient un privilège à la succession qui consistait dans le droit d'exclure les ascendants unilatéraux (Cass. roum., 21 déc. 1864 ; B., 1864, t. III.)

aucune distinction de la ligne paternelle ou maternelle. (art. 742).

Concours avec d'autres héritiers. — 1° Les enfants naturels excluent les collatéraux ordinaires (art. 747); 2° Le conjoint survivant en concours avec des collatéraux jusqu'au sixième degré recueille les deux tiers de l'hérédité; si les collatéraux sont au delà du sixième degré, le conjoint les exclut et recueille toute la succession (art. 755.) Le retour de l'ascendant donateur n'existe pas en droit Italien.

§ III. — TROISIÈME SYSTÈME

Ce système — suivi en Portugal et en Espagne — fait entrer dans le troisième ordre les frères et sœurs ou leurs descendants que les deux premiers systèmes ont placé dans le deuxième ordre. (art. 2000, C. C. P.; art. 976 et s. C. C. Esp.) La dévolution et le partage présentent les caractères suivants :

1° Les frères et sœurs sont toujours exclus par les ascendants; 2° s'ils sont du même lit ils partagent également par tête; 3° s'ils sont de lits différents, les germains prendront double part. Il en sera de même en cas de succession par représentation.

Exclusion ou concours avec d'autres héritiers. — *Code Portugais.* — Le conjoint survivant, s'il est dans le besoin et s'il n'est pas remarié, a droit aux aliments (art. 1231).

Code Espagnol. — 1) Les enfants reconnus excluent les frères et sœurs. 2) Le conjoint survivant en concours avec les frères et sœurs, a droit à la moitié en usufruit (art. 953 et 837).

SECTION IV

Quatrième ordre

Remarque. — Un seul système est possible sur la façon d'appeler les parents du quatrième ordre. On y appelle toujours les collatéraux ordinaires.

Nous rappelons seulement qu'en droit italien, les collatéraux ordinaires succèdent dans le troisième ordre, la législation italienne en effet ne connaît que trois ordres. Nous renvoyons donc à ce qui a été dit du troisième ordre pour ce qui concerne la législation italienne. Dans toutes les autres législations, il n'y a qu'un système : on appelle les collatéraux ; mais par suite d'idées spéciales à chaque législation, le mode d'appel et le partage de la succession ne sont pas réglés dans toutes de la même façon. Cela nous oblige à les étudier séparément.

a) *Droit français*

Les collatéraux ordinaires peuvent venir seuls ou en concours avec les père et mère ou avec les ascendants.

Ils viennent en concours lorsque, par application de la fente, il n'y a pas dans la ligne de parenté dont ils font partie, de frères et sœurs ou d'ascendants. Si c'est avec le père ou la mère qu'ils viennent en concours, le père ou la mère aura droit à l'usufruit du tiers de la moitié dévolue à leur ligne. Ils succèdent seuls lorsque dans les deux lignes, il n'y a aucun héritier d'un ordre préférable. On leur applique, pour le partage entre eux, la règle du privilège du double lien. Mais, au cas où, dans une ligne, il manque de parent au degré successible, les parents de

l'autre ligne succèdent à toute la succession (art. 755, al. 2).

Exclusion ou concours avec d'autres héritiers. — 1) L'enfant naturel ou ses descendants légitimes excluent les collatéraux (art. 1760); 2) le conjoint survivant a droit à l'usufruit de la moitié de la succession (art. 767).

b) *Droit roumain portugais et espagnol*

Dans ces législations, les collatéraux ne viennent jamais qu'à défaut de tout parent des ordres précédents. Ils succèdent par proximité de degré, quelle que soit la ligne à laquelle ils appartiennent et s'il y en a plusieurs au même degré, ils partagent par tête sans tenir compte des lignes dont ils peuvent faire partie. Aucune préférence n'est accordée au double lien (art. 954, al. 2, C. C. Esp.).

Exclusion ou concours avec d'autres héritiers. — *Code Roumain* — 1° Les enfants naturels excluent les collatéraux à la succession de leur mère (art. 677); 2° la veuve pauvre a droit à un quart en pleine propriété (art. 684, al. 3).

Codes Portugais et Espagnol. — Les enfants naturels excluent les collatéraux (art. 1990, C. C. Port.; art. 939, C. C. Esp.; 2° Le conjoint survivant les exclut également (art. 2003, C. C. Port.; art. 952, C. C. Esp.).

SECTION V

Limite de la successibilité

Nous avons parlé incidemment des essais que l'on a fait pour abolir le droit successoral¹, et nous l'avons, par la

(1) Roguin, I, p. 297 et s.

nouvelle interprétation que nous avons donnée de la nature juridique de la transmission successorale, soustrait définitivement aux menaces du socialisme et du collectivisme.

Mais si la succession est une institution nécessaire à l'organisme de la famille, il est évident qu'il y a une limite où elle ne peut plus être conforme à son but.

Il en est ainsi lorsque les parents laissés par le défunt sont en degré éloigné. « Nous ne voyons pas pourquoi la dissémination des parents, le relâchement des rapports de famille, devraient motiver une restriction de la vocation héréditaire » a écrit un auteur¹.

Nous, au contraire, nous ne voyons pas pourquoi le relâchement des rapports de famille devrait motiver le maintien du droit successoral, car quelque soit le fondement qu'on veuille lui donner : co-propriété, communauté de vie, affection présumée ou autres, on n'arrive pas à comprendre quel droit a un parent très éloigné du défunt, que celui-ci a certainement ignoré, à recevoir sa succession? — Nous y voyons au contraire quelque chose d'illogique et même d'immoral.

L'État n'est plus aujourd'hui ce qu'il a été jadis. — Il a la haute main sur la charité et la bienfaisance — Pourquoi les déshérités du sort, les malades, les infirmes, les malheureux ne bénéficieront-ils pas de la succession plutôt qu'un parent au douzième degré. — Nous estimons donc que le droit successoral doit être très restreint, et

(1) Roguin, *op. cit.*, II, n. 214.

nous croyons que la proposition qu'on a fait de préférer les alliés à l'État, restera toujours lettre morte.

En droit positif, les législations ne s'accordent pas. On succède jusqu'au douzième degré en France ¹, (art. 955) Belgique ², (art. 755) et Roumanie (art. 676) jusqu'au dixième en Italie, (art. 742) et au Portugal (art. 2004) et ce n'est que jusqu'au sixième degré qu'on succède en Espagne (art. 955).

(1) Diverses propositions ont été faites en France, tendant à réduire la limite de la successibilité : Ainsi la proposition Sabatier et Maurice Faure, prise en considération le 2 juin 1887, limitait la succession au cinquième degré (*Journ. off.*, Doc. parlem. Chambre, mai 1886, ann., n. 146 ; la proposition Morrelet, Hugot, Merlin, prise en considération le 8 juin 1891, limitait la succession au sixième degré (*Journ. off.*, Doc. parl.) Sénat, ann. n. 48, session de 1891). Diverses autres propositions ont été faites pour réduire au huitième et au quatrième degré : et même pour supprimer la succession en ligne collatérale.

(2) Il en est de même en Belgique où Avant-Projet limitait la succession au sixième degré. — Voyez note précédente.

CHAPITRE VII

LE SYSTÈME DES PARENTELES

§ I. — GÉNÉRALITÉS

Organisé d'une façon indirecte par la loi de nivôse an II; introduit dans le Code Autrichien de 1811, le système des parentèles — dont l'origine est encore controversée¹ — jouit d'une grande faveur depuis que le Code Allemand de 1900 l'a accepté². Il a passé avec certaines modifications dans le Code Suisse de 1907. Il se retrouve dans le Projet du C. C. Hongrois. Quatre grandes législations sont donc régies par ce mode de dévolution.

Une parentèle, c'est un groupe — un ordre — *Ordnung* — dit le C. C. Allemand; une classe — *Klassen* — dit C. C. Suisse — d'héritiers, composé des lignes d'ascendants au même degré du défunt et de descendants de chacun d'eux venant par représentation. — Une seule exception est admise : La première parentèle ne comprend jamais plus d'une ligne d'ascendants.

Il y a autant de parentèles, qu'il y a d'ascendants au degré différent du *de cuius* : On ne tient donc pas compte de la proximité de degré des individus mais de la proxi-

(1) Roguin I, 197 et s.

(2) Das Oesterreichische Recht hat hier dem deutsche Burg Gesetz Buch zum Vorbilde Gedient (Anders, *op. cit.*, p. 38).

mité de la ligne généalogique. Chaque ligne forme une série dont tous les héritiers sont préférables, quelque soit leur degré, à la ligne supérieure et ses descendants.

Ainsi la descendance du défunt, c'est-à-dire ses enfants, petits-enfants, arrière-petits-enfants, etc., forment la première parentèle. La deuxième parentèle est formée par la réunion des lignes des deux ascendants du défunt, c'est-à-dire la ligne paternelle et maternelle, des père et mère du défunt, avec leurs descendants qui sont, dans l'espèce, les frères et sœurs du défunt, les petits neveux, etc. La troisième parentèle est composée de la réunion des lignes paternelles et maternelles des père et mère du défunt, c'est-à-dire de ses aïeux : aïeul et aïeule paternels, aïeul et aïeule maternels, avec leurs descendants respectifs. Ainsi, on va en remontant pour trouver les autres ascendants dont le groupement formera avec leur descendants, une nouvelle parentèle.

La loi de nivôse an II avait admis la représentation à l'infini dans l'ordre des collatéraux et la proximité de degré en ligne ascendante. Or la combinaison de ces deux principes constitue le système des parentèles.

En effet, l'article 77 prévoyait que la représentation a lieu à l'infini en ligne collatérale — les collatéraux ne venaient donc jamais de leur chef mais toujours par représentation — et ajoutait que, ceux qui descendent des ascendantes les plus proches du défunt excluaient ceux qui descendent des ascendantes plus éloignés de la même ligne. Il y a néanmoins cette différence remarquable que dans la loi de nivôse les descendants excluaient toujours la tête de ligne, c'était le principe : *place aux jeunes*.

Il y a deux grandes variétés du système parentellaire : le premier est appelé le système linéal pur. *Lineal system* ou *Ordo parentelaris* est admis en Autriche¹ ; le second est le système linéal graduel — *Lineal-Gradual-system* — qui n'est pas actuellement en vigueur, mais qu'on a cru retrouver dans certaines législations du passé². Le premier système est le plus pur ; il admet la représentation à l'infini des descendants ; le deuxième se règle d'après la proximité de degré entre les descendants. Pour éviter le morcellement qu'entraînait la représentation à l'infini, les auteurs du premier projet allemand avaient proposé l'admission du système linéal graduel dans la troisième parentèle : cela aurait abouti à faire bénéficier l'aïeul survivant de la part dévolue à son conjoint prédécédé au lieu de la donner aux descendants de celui-ci. Mais ce système a été repoussé et le système linéal pur a été admis. Mais pour les parentèles suivantes on a préféré le système linéal-graduel.

§ II. — LA PREMIÈRE PARENTÈLE

La première parentèle comprend les descendants du défunt, c'est-à-dire ses enfants, petits-enfants, arrière-petits-enfants, etc. Comme dans toutes les législations les descendants en degré plus proche excluent leurs propres descendants en degré plus éloigné, pourvu que les premiers aient reçu leur part, car la représentation est admise dans ces législations, même au profit des descendants du renonçant et de l'indigne. Il ne faut donc pas tirer la consé-

(1) Anders, *op. cit.*, p. 35.

(2) Roguin, *op. cit.*, I, n. 310.

quence contraire, par argument *a contrario*, de l'article 1924, C. C. All., et de ses articles correspondants des Codes Autrichien, Suisse et Hongrois.

La représentation n'est pas, dans ces législations, une fiction comme dans le groupe latin ; c'est une succession par souches : *Erbfolge nach Stammen*, c'est-à-dire l'ancienne *successio in stirpes* de la Novelle 118¹.

Tout en admettant la représentation d'un renonçant, le Code Allemand fait une distinction : si le renonçant est le père du défunt, la renonciation n'empêche pas la représentation des descendants du renonçant, soit des frères et sœurs du défunt ; mais si le renonçant est un enfant du *de cujus*, ses descendants — petits-fils du défunt — ne peuvent plus représenter.

La raison de cette distinction c'est qu'il y a une présomption que le fils renonçant a reçu sa part. Comme en France la représentation a lieu à l'infini et pour toutes les branches secondaires. Comme en France, les descendants qui appartiennent à plusieurs souches² succèdent dans chacune de ces souches ; et le Code Allemand (art. 1927) prévoit que pour chaque part, il est tenu des charges, ce qui veut dire du rapport des donations des ascendants qu'il représente dans chaque souche. Lorsqu'un héritier est appelé ainsi dans deux souches, il ne peut pas accepter dans l'une et répudier dans l'autre.

Système différent du Code Autrichien. — La représentation en Autriche n'est pas identique à celle du Code Allemand mais à celle du Code Français, c'est-à-dire une fiction. Le

(1) Planck, *op. cit* , art. 1922.

(2) Par exemple des enfants issus d'un mariage entre cousins germains.

représentant ne succède pas de son propre chef à la portion du représenté, mais succède *jure prædefuncti parentis*. Il s'ensuit qu'on ne peut, comme en France, représenter un vivant ¹, mais on peut pourtant représenter un indigne prédécédé.

§ III. LA DEUXIÈME PARENTÈLE

La deuxième parentèle est composée des père et mère du défunt et de leurs descendants. Les frères et sœurs du défunt pourront donc venir en concours avec un des parents du *de cujus* comme en droit français et contrairement à l'ancien droit allemand. Mais ils ne viennent pas comme en droit français selon la volonté arbitraire du législateur qui leur accorde tantôt la moitié, tantôt les trois quarts, mais par application de la fente. Ils auront donc la moitié. Si les père et mère sont vivants, ils excluent les frères et sœurs du défunt, contrairement au système français et aux lois ralliées. Il y a lieu de tenir compte, pour les frères et sœurs, de leur parenté germaine, ou unilatérale.

Il n'y a dans ce cas aucune différence avec le système français lorsque les deux parents sont prédécédés, mais au cas où l'un d'eux survit, il apparaît une grande différence entre le système allemand et le système français. On peut prévoir trois hypothèses.

Première hypothèse. — C'est la mère qui est prédécédée en laissant un frère utérin du défunt et un frère germain.

(1) Anders, *op. cit.*, p. 55.

En droit français, il y a lieu, pour le partage des trois quarts à l'application du privilège du double lien.

Au contraire, la législation allemande prévoit que la succession se fait comme dans la première parentèle : donc, les enfants de la mère, germains ou utérins, partageront par tête et non par lignes (C. C. All., art. 1923) car c'est par tête que le partage se fait dans la première parentèle entre les descendants du *de cujus*.

Deuxième hypothèse. — Dans le même exemple, supposons la mère prédécédée laissant un frère utérin et un frère germain : mais il y a aussi un frère consanguin.

En droit français, lorsque ce sont les héritiers qui sont appelés, *ils le sont par proximité de degré par rapport au de cujus*, comme parents du *de cujus*, et donc succèdent tous (art. 752, C. C. Fr.).

Au contraire, en droit allemand, les frères et sœurs ne viennent pas à la succession de leur frère en tant que frères, *mais en tant que descendants des têtes de lignes* de la deuxième parentèle. On ne recherche donc pas leur parenté par rapport au *de cujus* mais par rapport à leur propre prédécédé. Ce n'est pas au *de cujus* qu'ils succèdent, c'est à leur auteur. Il en résulte que dans notre hypothèse, le frère consanguin sera exclu par les frères germain et utérin ; car le frère consanguin du *de cujus* n'est pas descendant de la mère des frères germains et utérins du *de cujus*. Cette solution est tout à fait contraire, et à la volonté présumée du *de cujus*, à qui il importait peu que son frère consanguin fût ou non descendant de la même mère que lui, puisque c'était toujours son frère, et à

l'équité, car elle arrive à établir une injuste inégalité entre les frères du *de cujus*.

TROISIÈME HYPOTHÈSE. — La mère prédécédée n'a laissé aucun descendant, mais il y a un frère consanguin.

Dans cette hypothèse, en droit français, par exception au principe de la fente, toute la portion attribuée aux frères et sœurs est dévolue au frère consanguin du *de cujus*. Au contraire, dans le droit allemand, la part du prédécédé accroît au conjoint survivant. (art. 1923, al. 3). Au fond la succession, dans ce cas, va, comme en droit français, toute entière à la ligne paternelle, à l'exclusion de tous les ascendants de la mère prédécédée.

§ IV. — LA TROISIÈME PARENTÈLE

La troisième parentèle est composée des grands parents du *de cujus*, c'est-à-dire de l'aïeul et l'aïeule paternels et de l'aïeul et l'aïeule maternels et leurs descendants (art. 1926, al. 1, C. C. All.)

S'ils sont tous vivants, ils succèdent seuls et par parts égales; donc, chacun aura un quart (art. 1926, al. 2, C. C. All.) Il y a dans cette hypothèse similitude parfaite avec le système français, qui appelle également tous les ascendants, à l'exclusion des collatéraux.

Mais s'ils ne sont pas tous en vie au moment de la dévolution, les descendants du prédécédé viennent à sa place (art. 1926, al. 3, C. C. All.), c'est-à-dire les oncles et les cousins germains du *de cujus* et selon les mêmes règles que dans la parentèle précédente, c'est-à-dire en tenant

compte des descendants du prédécédé seulement et non pas des parents du *de cujus*. On tiendra compte des oncles germains, consanguins ou utérins du *de cujus* et les mêmes hypothèses se présenteront, auxquelles on donnera les mêmes solutions. A défaut de descendants du prédécédé sa part accroit — comme dans la seconde parentèle — à son conjoint survivant (art. 1926, al. 4, C. C. All.)

Au cas où les deux aïeux font défaut dans une ligne, le droit allemand se sépare encore du droit français. En effet, celui-ci admet la fente entre les lignes et dans notre hypothèse, viendront à la succession les collatéraux de la ligne qui fait défaut, à quelque degré qu'ils soient.

Il n'en est pas ainsi en droit allemand où on ne peut pas passer à une parentèle avant que la parentèle précédente ne soit épuisée. Or, dans la parentèle des grands parents il reste encore deux parents par suite du prédécès des deux. Les survivants recueilleront donc la part des prédécédés (art. 1926, al. 5).

§ V. — LES QUATRIÈME, CINQUIÈME ET SIXIÈME PARENTÈLES

Remarque. — — Il est à remarquer que selon le Code civil Suisse (art. 460), les grands parents et leur postérité sont les derniers parents par le sang. Il n'y a donc que trois parentèles. Les arrière-grands-parents n'ont droit qu'à l'usufruit de l'art. 460, al. 2.

La quatrième parentèle comprend les bisaïeuls du *de cujus* et leurs descendants. Les bisaïeuls ne succèdent pas d'après les mêmes règles que les aïeuls. Ils succèdent par parts égales, *seuls*, et sans distinguer s'ils appartiennent

à la même ligne ou à des lignes différentes (art. 1928, al. 2). Il y a une différence remarquable pour le cas où un des bisaïeuls est prédécédé; on n'applique plus alors la représentation de ses descendants pour éviter l'émiettement des fortunes; et *par l'application du système linéal graduel*, on dévoue la part du prédécédé à son conjoint survivant. Au cas où tous les bisaïeux sont prédécédés, vient seul à la succession, celui des descendants des bisaïeux *qui est au degré de parenté le plus rapproché du défunt*¹. S'il y en a plusieurs au même degré, ils succèdent par parts égales (art. 928, al. 3, C. C. all.). Ainsi s'il y a un grand-oncle dans une ligne et des cousins issus de germains du défunt dans l'autre ligne, le premier succédera seul. Dans ce cas, en France, on appliquerait la fente.

Système différent du Code autrichien. — Nous rappelons que le Code autrichien applique, même dans cette parentèle et les parentèles suivantes, le système linéal pur, donc la représentation à l'infini.

Cinquième parentèle. — Pour la cinquième parentèle, qui est composée des aïeuls plus éloignés, c'est-à-dire des triaïeuls du défunt et de leurs descendants, nous n'avons aucune observation à faire. On applique, conformément à l'art 1929 C. C. All., les mêmes règles que pour la quatrième parentèle. Il en est de même pour la sixième.

(1) Mais il ne faut pas perdre de vue qu'avant d'établir la promixité de degré par rapport au défunt, il faut établir la proximité de son ascendant, c'est-à-dire de la parentèle, et c'est à l'intérieur de cette parentèle qu'on recherche le parent le plus proche en degré par rapport au défunt. Au contraire, en droit français, on ne s'occupe que de la proximité du degré du collatéral par rapport au défunt.

§ VI. — APPRÉCIATION DU SYSTÈME PARENTÉLAIRE

I. — *Critique du système parentélaire*

On a fait contre le système parentélaire plusieurs critiques dont nous retiendrons trois seulement :

1° la préférence donnée aux collatéraux à l'infini dans la parentèle appelée sur les ascendants de la parentèle suivante ; 2° la préférence donnée aux père et mère ou autres ascendants sur tous les descendants d'eux ; 3° l'émiettement des fortunes entraîné par la représentation à l'infini dans les parentèles respectives.

A la première objection, on a répondu qu'il ne faudrait pas confondre les sentiments d'affection avec ceux du respect ; que si le défunt devait du respect à son ascendant, il est incontestable qu'il entretenait des rapports affectueux avec les collatéraux qui seront souvent de son âge.

Nous ne pensons pas que cette réponse soit satisfaisante. Non seulement qu'il est aléatoire que le défunt soit de même âge que les collatéraux, mais si l'on peut accepter que le défunt entretenait des rapports affectueux avec ses frères et sœurs, cela ne devient plus raisonnable dans les parentèles suivantes. Les collatéraux sont très nombreux, les ascendants le sont beaucoup moins. Il y a bien plus de chances que ce soit avec ses ascendants que le défunt ait entretenu de meilleurs rapports.

A la deuxième objection, on a répondu qu'en effet le système des parentèles présentait ce grave inconvénient de préférer les père et mère pour le tout aux frères et sœurs. Nous pensons au contraire que ce n'est pas là un incon-

vénient et nous avons même proposé l'introduction de cette solution dans le système des ordres ¹.

A la troisième objection, il n'y a rien à résoudre. Il est incontestable, en effet, qu'un émiettement excessif de fortunes résulte du partage par souche à l'infini dans la parentèle. Le Code Suisse y a remédié en réduisant les parentèles successibles au nombre de trois, et en ne donnant qu'un usufruit aux ascendants au delà de la troisième parentèle.

Le Code Allemand et le Projet Hongrois, ont atténué les effets du système parentélaire linéal pur, par l'admission du système linéal graduel à partir de la troisième parentèle. Mais le Code Autrichien a repoussé toute atteinte au principe et a consacré le système linéal pur.

II. -- *Avantages du système parentélaire et réfutation*

Pour défendre le système, on a dit qu'il supprime les aléas de la mort. En effet, a-t-on remarqué, lorsque la succession est dévolue à un ascendant du défunt au lieu de l'être aux collatéraux du défunt qui descendent d'un ascendant précédé plus proche en degré que l'ascendant survivant, la succession est dévolue au hasard. Si l'ascendant au degré le plus proche avait survécu, il aurait recueilli et transmis les biens à ses propres descendants, collatéraux du *de cuius*. Parce qu'il est mort, les voilà privés de tous droits.

Il y a là vraiment une belle apparence de logique, mais

(1) Voyez *suprà*, p. 385.

une apparence seulement. Il est étrange de voir défendre le droit successoral, ou tel système, avec toutes espèces d'arguments sans s'inquiéter le moins du monde, si ces arguments sont ou non, en harmonie avec les principes essentiels de la succession.

Quand il s'agit de dévoluer la succession de quelqu'un il nous semble qu'on ne doit pas se préoccuper du tout de ce qui serait arrivé si tel événement ne se serait pas passé, mais de ce que l'on doit faire attendu que cet événement s'est réalisé. A une situation nouvelle, il faut un autre remède. Il n'y a là, pensons-nous, rien de contraire à l'équité.

Ne pourrait-on pas, en effet, raisonner, *a contrario*, et dire que puisque les ascendants sont héritiers, il est inique de les priver de cette succession pour le motif que l'ascendant prédécédé a laissé des enfants ?

Si on appelle l'ascendant du degré suivant, avant les descendants de l'ascendant préférable prédécédé, on fait dépendre le droit des descendants du prédécédé du prédécès de celui-ci. — Cela est inique, dit-on.

Eh bien ! si on appelle les descendants de l'ascendant préférable prédécédé avant les ascendants des degrés suivants, il nous semble que l'on fait dépendre le droit successoral des ascendants de l'existence d'une postérité du prédécédé. — Cela est-il moins inique ? — Certainement non. — Car dans la première hypothèse, les descendants de l'ascendant prédécédé n'avaient *aucun droit successoral de leur chef*, alors que *les ascendants en ont un*. — Dès lors, n'est-il pas plus inique de préférer des gens qui, *indirectement*

tement, auraient profité de la succession, à ceux qui y avaient *directement*, un droit ?

Nous préférons donc le système des ordres qui fait passer les ascendants avant les descendants de l'ascendant préférable prédécédé.

PREMIER APPENDICE

DE LA RÉTROACTIVITÉ DES LOIS EN MATIÈRE SUCCESSORALE

La question de la rétroactivité des lois est une des plus mal élucidées en droit civil ¹. Aussi, la conception de la succession comme un contrat, aidera-t-elle à la simplifier et à l'élucider. Nous y renvoyons tout simplement, mais non pas sans jeter un coup d'œil sur la jurisprudence roumaine, après avoir au préalable exposé rapidement le système généralement admis en France.

Ce système — dont la valeur scientifique a été récemment contestée ² — a été proposé par Merlin et consiste à

(1) Planiol, *op. cit.*, I, n. 241.

(2) Vareilles-Sommières, une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois, *Revue critique*, 1893, XXII; Baudry et Fourcade, I, 130; Valette sur Proudhon, *Traité de l'État et des personnes*, I, p. 20; Planiol, I, 242.

M. de Vareilles-Sommières estime qu'une loi est rétroactive lorsqu'elle nous prive à l'avenir d'un droit, à raison des faits qui l'ont occasionnés mais non pas à raison du droit lui-même et qu'elle n'est pas rétroactive lorsqu'elle supprime ou modifie un droit à cause de lui-même parce qu'il en résulte des dangers ou inconvénients pour ceux qui en jouissent, car dans ce cas elle n'atteint pas les droits dans le passé dans aucun des éléments qui ont concouru à sa formation.

MM. Baudry et Fourcade, se mettent au point de vue des droits acquis et

distinguer des droits acquis qui sont « ceux qui sont entrés dans notre patrimoine, qui en font partie et que ne peut plus nous ôter celui de qui nous la tenons » et des expectatives qui sont « ceux qui ne sont pas encore entrés dans notre patrimoine, qui ne sont qu'un espoir. »¹

C'est ce système que suivent aussi la doctrine et la jurisprudence roumaine.

Le Code Civil actuel de la Roumanie, annonçait par son article 1913 son entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1865, mais par décret du prince, sa mise en vigueur fût ajournée au 1^{er} décembre 1865².

de simples expectatives et voient dans les premiers « des facultés légales régulièrement exercées et dans les dernières « des facultés légales qui n'étaient pas encore exercées au moment du changement de législation qui survient ».

Valette se met au même point de vue mais entend par droits acquis « les fortes attentes des citoyens » et par expectatives leurs « faibles attentes ».

M. Planiol se met sur le terrain pratique et distingue entre les successions *ab intestat* et testamentaires. — Pour les premières on applique la loi au moment de l'ouverture. Pour les testaments : la confection et la régularité de sa forme sont appréciées uniquement par la loi en vigueur, au jour où il a été fait, pour la dévolution on applique la loi de l'ouverture.

(1) Merlin, *Rép.*, v. *Effets rétroactifs*, section III, § 1, n. 3; Aubry et Rau, I, § 30 s.; Demolombe, I, n. 40; Laurent, I, 153 s.

(2) Jusqu'à cette époque (24 janvier 1865), la Roumanie était décomposée en deux principautés : la Muntenie et la Moldavie.

La première était régie depuis 1817 par le Code Caragea et la seconde par le Code de Callimaki qui était antérieur d'une année au Code Caragea, plus complet que lui et n'était qu'une compilation des Institutes de Justinien et du Code Autrichien.

En 1832, des règlements organiques, pour la Muntenie et la Valachie, s'occupent de l'organisation de la justice.

Les Codes de Caragea et de Callimaki furent précédés par les Codes Ipsilante 1780-1817 pour la Muntenie et Alexandre Donici 1814-1817 pour la Moldavie.

Le Code civil actuel est une traduction du Code Napoléon de 1807; en dehors des privilèges et hypothèques dont les dispositions ont été empruntées à la loi belge de 1851.

L'article 1912 du Code actuel déclare : abroger les Codes, lois civiles antérieures, ordonnances du Prince et instructions ministérielles des deux Principautés unies dans les mesures où elles ne sont pas conformes aux règles prescrites dans le Code actuel.

L'article 1^{er} du Code établit que « la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif. » (C. C. Fr., art. 2).

La jurisprudence roumaine interprète ces dispositions dans le sens de la doctrine de Merlin. Nous allons donner ces décisions sur les diverses matières des successions, et non pas seulement sur le régime successoral, afin de vider complètement et définitivement la question.

1) Le but du principe de la non rétroactivité est la conservation des droits acquis (Cass. roum., 18 mai 1871, B. 71, 1, 4). 2) « Les lois relatives à la capacité des personnes ne peuvent avoir aucun effet sur les droits légalement acquis sous une loi antérieure. Ainsi une loi postérieure ne peut priver un légataire de son droit sur le legs, qu'il a acquis au moment du décès du testateur, qui a eu lieu sous une loi antérieure (Cass. roum., 3 février 1870, B. 70, 1, 5).

3) Les successions sont réglées par la loi en vigueur au moment de l'ouverture, le droit successoral étant une simple expectative (Cass. roum. sect. unies 21 avril 1872. B. 72, I. 10. Cass. roum. 23 mai 1890. B. 90. I. 638, Cass. roum. 19 avril 1893. B. 93. I. 312).

4) Les donations faites à un successible sous le Code Caradzea qui n'imposait pas le rapport, doivent être rapportées à la succession du donateur lorsque celui-ci est mort sous l'empire de la loi nouvelle qui impose impé-

rieusement la condition du rapport entre cohéritiers. Cette décision n'est pas contraire au principe de la non rétroactivité des lois, car la position d'un héritier, qui est en même temps donataire, doit être considérée à deux points de vue, c'est-à-dire, tant au point de vue de ses droits découlant de la donation que de ceux qui découlent de la succession. Or, en ce qui concerne la donation, il est incontestable que la loi nouvelle ne peut avoir aucune influence mais en ce qui concerne son droit à la succession du donateur, il n'a qu'une simple expectative ou espérance qui ne constitue point de droit acquis et qu'il n'acquiert qu'au moment de l'ouverture de la succession : jusqu'à ce moment, le législateur est donc libre de réglementer et d'organiser comme il l'entend les hérédités non encore ouvertes. Cass. roum. sect. unies 21 avril 1877. B. 77. I. 441.

Au contraire, la Cour d'appel décide que les libéralités consenties sous le C. Caragea n'étaient pas soumises à réduction et cela constituant un droit acquis pour les donataires, il n'a pu être atteint par le nouveau C. C. qui a reconnu la réduction. (Appel Buc. III, 25 janv. 1890, Dr. 90.118).

5) Mais la Cour de Cassation maintient son premier point de vue : la succession du donateur étant ouverte sous l'empire du C. C., la donation et les legs sont soumises à réduction lorsqu'ils dépassent la quotité disponible (Cass. roum. 19 avril 1893. B. 93. I. 312).

6) L'enfant naturel qui aurait eu un droit de succession, selon le Code du Calimaki, § 945, ne peut plus avoir de droit dans la succession de son père, parce que le droit de

succession est réglé par le C. C. sous le régime duquel le père est mort (Cass. roum. 31 mai 1893, B. 93.I.764).

7) Conformément à l'art. 1913, le C. C. est entré en vigueur le 1^{er} juillet 1865 et le décret du Prince qui prorogéait sa mise en application au 1^{er} déc. 1865 n'est pas légal (Appel I 22 nov. 1890. Dr. 2. 1891). Mais une jurisprudence constante de la Cour de Cassation a définitivement tranché la question en sens contraire.

8) Le décret du Prince du 3 juin 1865 ayant prorogé la mise en vigueur du Code Civil jusqu'au 1^{er} déc. 1865, les successions ouvertes dans l'intervalle sont régies par le Code Casagea en vigueur à cette époque (Cass. roum., 29 mai 91. B. 91.I.331; Cass. roum., 28 oct. 1891. B. 91.I.1112; Cass. roum., 24 mars 1897, B. 97.I.339; Cass. roum. 17 juin 1905. B. 05.I.849).

9) L'article 1912 ayant abrogé, toutes les lois et toutes les ordonnances du Prince en tant que contraires aux règles prescrites dans le code actuel et la succession étant un mode d'acquérir la propriété qui découle de la loi civile et est réglée par la loi qui la régit... les personnes qui embrassent la vie monacale ne cessent pas d'hériter même si les lois de l'Église le leur interdit (Cass. roum. sect. unies, 6 nov. 1900, B. 900.I.1309).

APPENDICE

DE LA LOI APPLICABLE A LA DÉVOLUTION DES BIENS HÉRÉDITAIRES LAISSÉS PAR UN ÉTRANGER

Remarque. — Cette question divise depuis des siècles les lois, la doctrine et la jurisprudence, et son étude est encombrée des systèmes les plus opposés. Il est des auteurs qui sont en théorie pour un système, mais parmi eux, il y en a qui modifient leur opinion lorsqu'il s'agit de l'application de la loi positive, alors que d'autres se font forts de l'accorder à la loi existante. Mais même parmi les auteurs qui en pratique admettent un système, il y a des sous-divisions ; et ces sous-divisions se sous-divisent souvent à leur tour. Ainsi si nous voulions présenter un tableau d'ensemble nous aurions.

I. DOCTRINE

En théorie et en pratique :

- | | | |
|--|---|--|
| 1) La loi territoriale pour les meubles et les immeubles. | | |
| 2) La loi personnelle
pour les meubles et
les immeubles. | $\left\{ \begin{array}{l} \text{la loi nationale} \\ \text{la loi du domicile} \end{array} \right.$ | $\left\{ \begin{array}{l} \text{du de } \textit{cujus}. \\ \text{de l'héritier.} \\ \text{le domicile de droit.} \\ \text{le domicile de fait.} \end{array} \right.$ |

- | | | | | | | |
|---|---|---|---|--------------------|---|---|
| 3 | { | a) La loi territoriale pour les immeubles | { | la loi nationale | { | du <i>de cuius</i> . |
| | | b) La loi personnelle pour les meubles. | | la loi du domicile | | de l'héritier.
le domicile de droit.
le domicile de fait. |

En pratique seulement :

- | | | |
|---|---|---|
| 4 | { | La loi territoriale pour les immeubles. |
| | | La loi de la réciprocité pour les meubles. |
| 5 | { | La loi territoriale pour les immeubles. |
| | | La loi personnelle pour les meubles, seulement si les héritiers sont étrangers. |

II. LÉGISLATION ¹

1. Législations identiques à la loi française : Belgique, Autriche, Roumanie, Hollande, Monaco, Angleterre, Suède, Pérou, Mexique.
2. Loi de la situation à tous les biens : Russie.
3. Loi du dernier domicile à tous les biens : Argentine, Chili.
4. Loi nationale du défunt à tous les biens : Allemagne, Italie, Espagne, Serbie, Zürich.

SECTION I

Exposé des systèmes

§ I. — LA LOI TERRITORIALE POUR LES MEUBLES ET POUR LES IMMEUBLES ².

Ce système est le plus ancien. Il date de la première période de la féodalité et se fonde sur la supériorité de la terre sur la personne et la territorialité des lois.

(1) D'après Despagnet, *Préjis*, 1904.

(2) Demangeat, *Hist. de la cand. des étr.*, p. 837 ; Sulliotis, *Législation de Roumanie* (J. Clunet, 1887, p. 435).

On dit dans ce système, qui domine particulièrement en Angleterre :

1° Attribuer aux lois d'un souverain quelque force en dehors de ses limites territoriales de la souveraineté ou chercher à les faire appliquer par les tribunaux dont l'autorité ne dérive point de ce souverain, c'est usurper la souveraineté de l'État même ¹.

2° L'application de la loi étrangère est pratiquement impossible. Le juge ne peut être obligé de connaître une autre législation que sa loi nationale.

3° Les lois qui organisent les successions sont des lois d'ordre politique.

4° L'art. 3 du C. C. ordonne l'application de la loi territoriale aux immeubles. Il n'y a pas de raison d'appliquer une autre loi aux meubles qui, juridiquement, ne se distinguent en rien des immeubles. Le silence du législateur français, vient de ce qu'à l'époque où il légiférait, les meubles avaient peu d'importance.

Il est vrai qu'avant le Code civil on appliquait aux meubles la règle *mobilia sequuntur personam* mais à cette époque le conflit ne se présentait qu'entre les coutumes d'un même pays, alors qu'aujourd'hui le conflit est autrement important car il ne se présente qu'entre deux législations différentes.

D'ailleurs le principe *vilis mobiliun possessio* sur lequel se fondait le principe de la dévolution unique pour les meubles, a disparu du droit moderne et avec la disparition de la cause a dû disparaître l'effet.

(1) F. Harison, *Journal de droit intern. privé*, 1880, p. 418.

Les biens meubles composent actuellement, le plus gros de la fortune ; la situation est renversée. Et on ne peut pas argumenter de ce que la terre seulement peut intéresser l'organisation de l'État, car les partisans du système répliquent que les titres de rente sur l'État, l'intéressent autant.

5° Au point de vue pratique, même si on appliquait une loi étrangère, puisque la sentence du juge français n'est pas exécutoire à l'étranger, il vaut mieux la méconnaître.

Réfutation. — On ne peut admettre ce système qui aboutirait à appliquer autant de lois différentes qu'il y a de pays où les biens sont situés, attendu que la succession est une et indivisible, avec un actif et un passif héréditaire.

La succession étant une, la loi qui règle la dévolution d'une succession d'un citoyen mort dans son pays est une : la loi nationale ; c'est la seule loi nationale qui doit régir la succession lorsque le défunt est mort à l'étranger.

2) La succession *ab intestat* étant fondée sur la volonté présumée du défunt, on ne saurait présumer que sa volonté différerait selon le pays où étaient situés ses biens¹.

3) Il est pratiquement impossible de régler le paiement des dettes si on applique des lois différentes. Le défunt pourra déjouer ses créanciers en vendant peu avant sa mort, ses biens immeubles pour en transporter le prix ailleurs.

(1) « Quand il s'agit de savoir si tel individu est capable de disposer de ses biens par testament on consulte une loi unique sans s'inquiéter de la nature ou de la situation des biens, objets de la disposition : pourquoi soumettre la volonté tacite à une règle autre que la volonté expresse » (Renault, *De la succ. des étr. en France et des Français à l'étranger*, J. Clunet, 1875, vol. II, p. 332).

4) Selon le passif qui grèvera les biens dans les divers pays, l'héritier échappera aux conséquences de son obligation aux dettes en acceptant dans un pays, et en répudiant ailleurs.

5) Que fera-t-on, s'il s'agit de la mort d'un industriel ou d'un commerçant et si au moment de l'ouverture de la succession il y a de la marchandise en cours de route, appliquera-t-on des règles différentes à chaque caisse de marchandises, selon le pays où elle se trouve au moment du décès?

6) Il est inexact de dire que dans le droit moderne, qui s'affranchit de plus en plus de l'influence des idées féodales, toute loi successorale soit par elle-même une loi politique, une loi d'ordre public international¹.

On peut appliquer une loi étrangère, sauf à réserver les dispositions d'ordre public, et qui concernent les bonnes mœurs la règle *locus regit actum* et l'autonomie de volonté². (Dans ce sens, s'est prononcé le Congrès international d'Oxford dans sa session de 1880).

7) Si une sentence n'est pas applicable à l'étranger, le juge n'a pas à s'en préoccuper. D'ailleurs les Conventions internationales y apportent un remède efficace.

8) En ce qui concerne le sens de l'art. 3 C. C. On conteste qu'il s'applique à la dévolution successorale. D'ailleurs cet article ne se prononce pas pour les meubles auxquels nous devons appliquer l'ancien principe de l'unité, d'autant plus que dans le projet de l'an VIII, l'art. 3 par-

(1) Weiss, *op. cit.*, p. 680.

(2) Weiss, *op. cit.*, p. 241.

lait, non pas seulement des immeubles, mais aussi des meubles.

Or, puisque dans la rédaction définitive, on ne parle plus de meubles, cela prouve l'intention de maintenir l'ancienne fiction.

§ II. — LA LOI PERSONNELLE POUR LES MEUBLES ET POUR LES IMMEUBLES.

« La loi, lorsqu'elle statue sur un intérêt privé, a toujours pour objet l'utilité de la personne ; elle ne peut régir que ceux pour qui elle a été faite ; mais ceux-là, elle doit, en principe, les régir en tous lieux et dans tous leurs rapports juridiques, sauf les exceptions ou atténuations qui résultent de l'*ordre public international*, de la règle *locus regit actum*, de l'autonomie de volonté (Weiss, *op. cit.*, p. 241).

Diamétralement opposé au système que nous venons de réfuter, ce système, connu sous le nom de système de Mancini, est fondé sur les idées modernes de la supériorité de la personne sur la terre.

L'unanimité de la doctrine¹ — il n'y a que de rares exceptions — l'admet en théorie ; plusieurs Congrès de Droit international privé lui ont été favorables ; les législations récentes le consacrent ; la jurisprudence tend à l'accepter aussi.

Nous avons examiné, en réfutant la doctrine de la territorialité, les arguments qui sont invoqués en faveur de ce

(1) Weiss, *Éléments de dr. int. pr.*, p. 691 ; Zachariæ, II, § 31, n. 4 ; Despagne, *Dr. int. pr.*, n. 557, l'admettent tant en théorie qu'en pratique. — Tous les autres auteurs qu'il est trop long de citer, l'admettent en théorie seulement.

système. Nous nous occuperons donc seulement de la portée à donner à l'article 3 C. C.

La succession est une universalité, qui est dévolue selon la volonté présumée du défunt; elle fait donc partie des lois personnelles. En disant à l'article 3, al. 2, C. C., que les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française, le Code veut parler des immeubles considérés individuellement, c'est-à-dire « dans leur rapport exclusif avec le droit public du pays » et abstraction faite des droits privés dont ils peuvent être l'objet.

Autrement dit, l'art. 3 a trait aux règles de la propriété au point de vue foncier. — Ce qui prouve qu'il en est ainsi, c'est que les législations qui ont suivi le Code Français, contiennent en même temps qu'une disposition identique à l'art. 3. C.C. Fr. un autre article qui établit un autre point de vue pour la dévolution successorale ¹.

(1) Ainsi le C. C. Italien, à côté de l'art. 7 identique à l'art. 3 C. C. Fr., dispose dans son art. 8 : « Les successions légitimes ou testamentaires en ce qui concerne soit l'ordre successoral, soit la quotité des droits successoraux et la validité intrinsèque des dispositions sont réglées par la loi de la nation de celui dont l'hérédité est ouverte, quelque soit la nature des biens et le pays où ils se trouvent.

Il en est de même du projet de Code Belge qui dispose dans son titre préliminaire : « Les successions sont réglées d'après la loi nationale du défunt. La substance et les effets des donations et testaments sont régis par la loi nationale du disposant. L'application de la loi nationale du défunt ou du disposant a lieu, quelque soit la nature des biens et le pays où ils se trouvent ».

Le Code civil Espagnol, art. 19 : « Les biens meubles sont régis par la loi du pays de leur propriétaire; les biens immeubles par celle du pays où ils sont situés. Néanmoins les successions légitimes et testamentaires, comme tout ce qui touche à l'ordre de succession, à l'importance des droits successoraux et à la valeur intrinsèque de ses dispositions se règlent d'après la loi

La loi introductive au C.C. Allemand, art. 28, contient une disposition identique à l'art. 3, C.C. Fr ; ce qui n'empêche point les auteurs¹ de requérir l'application de la loi personnelle à la dévolution successorale². Le projet de convention sur les conflits de lois en matière successorale et testamentaire, du 17 juillet 1893, entre la France, la Belgique, l'Italie, la Roumanie, la Hollande et le Portugal, est rédigée dans le même sens³.

§ III. — LA LOI TERRITORIALE AUX IMMEUBLES ET DE LA LOI PERSONNELLE AUX MEUBLES

Quelques auteurs admettent ce double système tant en théorie qu'en pratique⁴; d'autres ne l'admettent qu'en

du pays de la personne décédée, quelle que soit la nature de ses biens et le pays où ils se rencontrent.

Les Codes Portugais et le Projet du Code Hongrois sont muets à cet égard.

(1) Savigny, *op. cit.*, VIII, p. 378.

(2) Les art. 24 et 25 de la même loi permettent d'appliquer la loi nationale du défunt en Allemagne sous la condition de la réciprocité, en ce qui concerne l'ordre de successibilité.

(3) Art. 1. — Les successions, en ce qui concerne la désignation des successibles, l'ordre dans lequel ils sont appelés; les parts qui leur sont attribuées; les rapports; la quotité disponible et la réserve sont soumises à la loi nationale du défunt, quelque soit la nature des biens et les pays où ils se trouvent.

Art. 6. Est réservée l'application des lois territoriales qui ont exclusivement pour but d'empêcher la division des propriétés rurales, ainsi que les lois relatives aux immeubles placés sous un régime foncier spécial. Est réservée dans chaque État, l'application des lois d'une nature impérative ou prohibitive qui seront indiquées... (*Revue de droit international*, 1905, t. I, p. 789.)

(4) Valette sur Proudhon, I, p. 97; Demolombe, I, n. 80-91; Aubry et Rau, I, § 31, n. 45.

pratique seulement¹. La jurisprudence le reconnaît sous l'empire de l'art. 3 C. C. Plusieurs conventions l'ont consacré². Mais cela n'est qu'un effet de l'esprit de tradition.

I. — *La loi territoriale aux immeubles*

En dehors des arguments que nous connaissons, nous devons compléter l'exposé de cette doctrine, en ce qui concerne la loi positive.

On dit, que les auteurs du Code civil étaient des réalistes qui s'inspiraient d'une tradition réaliste et qu'à leur tour ils n'ont pu créer qu'une œuvre réaliste. Cela résulte des travaux préparatoires. Portalis parlait « de la distinction qu'on a toujours fait entre les lois relatives à l'état et à la capacité des personnes d'avec celles qui règlent la disposition de ses biens. Les premières s'appelaient personnelles et les secondes réelles. » Plus précis encore était le tribun Faure. L'art. 3 contient les principales bases d'une matière connue dans le droit sous le titre de statut personnel et de statut réel³. »

L'article 3 ne regarde pas seulement les biens considérés dans leur individualité, écrit M. Lainé³, au contraire, il concerne exclusivement les successions car les principes élémentaires nous apprennent que l'immeuble sis dans un

(1) Pillet, *Dr. int. privé*, p. 158; Huc, I, n. 122, s. V. n. 258; Laurent, I, n. 108-109; Roguin, *J. de dr. int. pr.*, 1886, p. 556; Baudry et Wahl, I n. 1169; Lainé, *Revue de droit int.*, I, p. 445; Despagne, *Manuel de dr. int. pr.*, p. 727.

(2) Traité franco-suisse du 15 juin 1869, art. 5; traité franco-russe du 1^{er} avril 1874.

(3) Lainé, « La rédaction du C. C. et le sens de ses disp. en mat. de dr. int. pr. », *Revue du dr. int. pr.*, I, p. 53.

pays doit suivre le régime de la propriété du pays. Personne n'a jamais pu penser autrement car ce serait prêcher la plus complète anarchie, ce serait la plus complète négation de la loi interne.

Il en résulterait que l'article 3, C. C., serait inutile s'il ne visait justement les successions, car ce n'est qu'à l'occasion de l'ouverture d'une succession que la question de la dévolution des biens héréditaires d'un étranger se pose. La question est donc de savoir la loi que l'on doit appliquer.

La tradition est en ce sens : d'Argentré, Loisel, Boullenois, Pothier et Boubier. C'est de ces auteurs que les rédacteurs du Code se sont inspirés. L'ancien article 68 du projet de l'an VIII sur les donations le prouve : Toute donation soit entre vifs, soit à cause de mort, faite par un Français en pays étranger, ne peut excéder, quant aux biens immeubles qu'il possède en France, la quotité dont la loi de la République permet de disposer¹.

Aubry et Rau estiment, qu'il faut lire l'article 3 C. C. comme il suit : Les immeubles situés en France et possédés par des étrangers sont soumis à la loi française pour leur transmission par succession².

Quant à l'argument que l'on veut tirer de la comparaison des lois nouvelles, disent les partisans du système de la loi territoriale, il ne faut pas oublier que la mentalité du législateur moderne n'est pas identique à celle du législateur de 1804 qui s'était inspiré d'idées défavorables aux étrangers.

(1) Lainé, *op. cit.*, *Revue*, I, p. 445.

(2) Aubry et Rau, I, p. 117, n. 122.

Réfutation. — Nous nous sommes suffisamment expliqués sur la valeur de ces arguments. Nous y renvoyons.

II. — *La loi personnelle aux meubles*

L'argument classique, qu'on apportait sous l'ancien droit, pour soutenir la loi unique quant à la dévolution des biens meubles, était que les meubles sont de peu d'importance et qu'ils n'intéressent point l'ordre public.

Or, avec le développement considérable de la fortune mobilière, il a fallu abandonner ce moyen de défense et on a dû raisonner de la façon suivante :

Par application de la maxime *mobilia sequuntur personam* le projet de l'an VIII, art. 5, al. 2 avait disposé : Son mobilier (au Français) résidant à l'étranger est réglé par la loi française comme sa personne.

Or, cette disposition est excessive et inadmissible : il est en effet excessif et inadmissible que la loi française s'applique à un français qui se trouve à l'étranger, en ce qui concerne les modes d'acquérir, d'aliéner, de constituer ou de perdre ses droits ¹.

Et, il est probable, que c'est pour éviter la confusion qui pouvait en résulter, que cette disposition a disparu de la rédaction définitive.

Nous devons donc pour trancher les conflits sur les successions de meubles, nous référer à l'ancien droit.

(1) Pourtant le Code Espagnol contient une disposition identique à l'art. 5, al. 2 du projet de l'an VIII. C'est l'art. 10 : « Les biens meubles sont régis par la loi du pays de leur propriétaire ».

Mais pour l'application de la maxime, il y a eu controverse dans l'ancien droit. D'Argentré soutenait que les meubles, n'ayant pas d'assiette fixe, se confondent avec la personne, rentrent donc dans la catégorie des lois qui règlent l'état et la capacité, dans le statut personnel. Par l'application de la maxime *mobilia sequuntur personam*, les meubles suivaient la loi personnelle du *de cujus*.

Au contraire, Dumoulin faisait entrer les meubles dans le statut réel, argumentant de ce que les meubles n'ayant pas d'assiette fixe il fallait leur en donner une, en droit, le domicile de leur propriétaire ; et alors *mobilia sequuntur personam* veut dire que les meubles suivent les personnes dans ses déplacements et ont leur domicile là où est établi leur propriétaire. Dans l'ancien droit, cette controverse ne présentait pas un grand intérêt pratique, car le statut personnel était fondé sur le domicile de la personne ainsi que dans les deux doctrines on appliquait en définitive la loi unique du domicile.

Il n'en est pas de même en droit moderne. Le statut personnel n'est plus réglé sur le domicile de la personne mais sur sa loi nationale. Quel était, dans l'esprit des auteurs du Code, le critérium de la loi personnelle ? Le Tribunal et la Cour de Pau ont argumenté ainsi : En ne soumettant aux lois sur l'état et la capacité des personnes que les Français en quelque pays qu'ils se trouvent, le Code a, par le même article, tacitement refusé aux étrangers la jouissance des droits civils lorsqu'ils n'ont point été admis à domicile. Cette volonté du législateur a pour effet de laisser la personne de l'étranger résidant en France, régie par sa loi nationale et par conséquent il est logique

de laisser sous l'empire de cette même loi la dévolution héréditaire de sa fortune mobilière ¹ ».

Toute la jurisprudence récente est d'accord pour reconnaître que le silence du législateur vaut maintien de l'ancienne maxime, avec l'observation que nous venons de faire sur l'évolution du sens de cette fiction.

§ IV. — LA LOI TERRITORIALE POUR LES IMMEUBLES ;
LA LOI DE LA RÉCIPROCITÉ POUR LES MEUBLES.

C'est Demolombe qui propose ce système ; et il reste seul à le défendre. Il n'est fondé ni sur la tradition ni sur les textes. Il est la négation du droit international privé ² »

§ V. — LA LOI TERRITORIALE POUR LES IMMEUBLES ; LA LOI PERSONNELLE POUR LES MEUBLES LORSQUE LES HÉRITIERS SONT DES
ÉTRANGERS.

C'est le Tribunal de Nice, qui a conçu ce système, qui n'a pas eu d'adhérents ³.

SECTION II.

De l'Interprétation de la loi personnelle.

§ I. — LA LOI PERSONNELLE DU DE CUJUS.

Nous avons suffisamment insisté sur la valeur en droit moderne de la loi personnelle. Mais certains auteurs sou-

(1) Trib. civil Pau, 27 juillet 1905 et Cour Pau, 11 juin 1906, *Revue de dr. int. p.*, II, p. 765-766.

(2) Pillet, *op. cit.*, p. 157.

(3) Trib. Nice, 6 mars 1893, *J. de dr. int. pr.*, 1893, p. 595.

tiennent néanmoins le système de la loi du domicile du *de cujus*. D'autres déplacent complètement la question et se plaçant au point de vue de l'héritier, demandent l'application de la loi personnelle de celui-ci.

§ II. — LA LOI PERSONNELLE DE L'HÉRITIER

On dit, dans ce système, que le *de cujus* étant mort il n'a plus aucun intérêt à ce que la dévolution se fasse d'après sa loi nationale. Il vaut mieux nous adresser à la loi de l'héritier car c'est lui qui a un intérêt actuel.

« Si l'on se place au point de vue historique, on remarquera que depuis le ^{xiv}^e siècle, époque où s'est fait jour le système qui place la succession dans le statut personnel, un seul auteur, à ma connaissance du moins, (Alexandre, au ^{xv}^e siècle) l'a entendu en ce sens que la loi à suivre est celle de l'héritier, c'est-à-dire du parent. Cette anomalie tient sans doute à ce fait que cet auteur se prononçait à l'occasion de procès, dans ses consultations. Tous les auteurs, sans s'expliquer, instinctivement en quelque sorte, ont fait abstraction des parents, appelés à la succession par les diverses lois en conflits. De quoi s'agit-il en effet, lorsque l'on place la succession dans le statut personnel ? De la transmission légale du patrimoine du défunt, selon ses affections présumées, à l'égard de tels ou tels parents selon les devoirs qu'il a dû remplir et les droits qu'il a pu exercer de son vivant envers sa famille. Or, que pourrait-on demander à cet égard, à la loi des parents, bénéficiaires éventuels des biens du défunt, qui n'auront qu'un rôle passif. — Absolument rien ¹.

(1) Lainé à la conférence de la Haye; J. Clunet, 33, 906, p. 26.

§ III. — LA LOI DU DOMICILE DU DE CUJUS

Ce système est préféré par la jurisprudence et admis par une partie de la doctrine comme nécessaire sous l'empire de la loi positive.

1) Le domicile est le centre de l'existence juridique d'une personne ; c'est là qu'elle accomplit tous les actes de la vie civile. Quelle influence peut avoir eu sa loi nationale sur un enfant établi depuis son bas âge dans un pays étranger.

2) Admettant même qu'il n'ignorait pas sa législation nationale, le fait d'avoir quitté son pays d'origine et de s'être établi à l'étranger ne prouvait-il pas qu'il a eu l'intention d'y renoncer ?

3) Ce système écarte les difficultés pratiques qui surgissent dans le système de la loi nationale, lorsque la nationalité n'est pas précisée, par exemple si le défunt appartenait à un pays qui réglait la nationalité d'après le *jus sanguinis* et qu'il était né dans un pays qui réglait la nationalité d'après le *jus soli*.

4) La théorie de l'évolution de la fiction *mobilia sequuntur personam* est inexacte. Le système de Dumoulin est le seul vrai et a l'avantage d'être en harmonie avec le système territorial de la succession immobilière avec cette différence que pour les immeubles, il y aura autant de *leges rei sitæ* qu'il y aura de pays où on trouve des immeubles, alors que pour les meubles il y aura une seule *lex rei sitæ*.

5) Ce système est en harmonie avec l'importance que donne le droit moderne au domicile de la succession, au lieu où l'héritier est saisi, où il doit accepter ou répudier.

Mais en fait, lorsqu'il est légal, le domicile se confond avec la loi nationale. C'est ainsi — disent les partisans du système du domicile — qu'on explique la jurisprudence qui admet la loi nationale du *de cujus* : toutes les fois que l'alternative était clairement posée entre la loi nationale et celle du domicile on a préféré la dernière.

Même les partisans du système de la loi nationale, font application de la loi du domicile, lorsque la nationalité du *de cujus* est inconnue¹.

Réfutation. — 1) On ne peut pas admettre la loi du domicile, car ce dernier peut être facilement changé, et il ne dépendrait que du *de cujus* de priver ses enfants de la réserve, en établissant son domicile dans un pays qui ne connaît pas la réserve.

2) On ne peut pas dire qu'établissant le domicile ailleurs, on ait renoncé à sa loi nationale. — On garde toujours des attaches au pays d'origine où on est né et où on a sa famille. — D'ailleurs, si on a réellement cette intention, rien de plus simple, on n'a qu'à changer de nationalité.

SECTION III

De l'Interprétation de la loi du domicile.

§ I. — LA LOI DU DOMICILE DE DROIT.

Art. 13, C. C. Fr. Rien ne saurait, dans ce système, remplacer l'autorisation d'établir son domicile en France ; à défaut de cette formalité, le domicile légal sera le domicile originel, c'est-à-dire qu'on appliquera la loi nationale du

(1) Weiss, *op. cit.*, 682, n. 1.

défunt, même s'il avait vécu longtemps en France et même s'il y avait fait le service militaire.

« La longueur de la résidence en France, 34 ans dans l'espèce, est indifférente, en l'absence d'une intention clairement manifestée et nettement établie par l'intéressé d'abandonner son domicile d'origine à l'étranger, alors même que l'on envisage la question suivant la loi anglaise qui exige comme la loi française le double élément de la résidence et de l'intention. Un anglais ne peut acquérir en France un domicile de fait par une simple résidence.. Un étranger non admis ne peut avoir en France, un domicile légal ¹ »

§ II. — LA LOI DU DOMICILE DE FAIT

Le droit pour un étranger d'avoir un domicile réel là où il a son principal établissement, c'est-à-dire conformément au Code Civil est reconnu en doctrine ²; mais la jurisprudence le repousse et ne reconnaît aux étrangers autre domicile que le domicile légal. Mais ce système peut avoir des conséquences funestes, elle leur reconnaît le droit d'avoir un domicile pour la signification des actes et l'ouverture des successions. Dans le système qui admet le domicile de fait, on dit que la question du domicile est plutôt une question de fait qu'une question de droit, et elle consiste dans « l'absence de toute intention de transférer sa résidence ailleurs »

(1) Trib. et Cour de Pau, 1905, *Revue de dr. int. pr.*, II, 1905, p. 766.

(2) Weiss, *Manuel*, 1905, p. 301; Laurent, III, p. 456; Renault, *J. de dr. int. pr.*, 1875, p. 424; Ambroise Colin, *Revue de dr. int. p.*, II, p. 793. Cass. russe, *Revue de dr. int.*, II, p. 374.

SECTION III

De la théorie du renvoi

Mais le système de conflit que sanctionne un pays peut être différent du système de conflit sanctionné par la loi étrangère. Et alors il y aura un nouveau conflit en présence, qui sera un conflit de qualification ou un conflit de renvoi.

Il y aura *conflit de renvoi* si les systèmes des deux principes sont différents : une loi soumet à la loi nationale ; l'autre au domicile ¹. Ainsi, il peut arriver qu'un Français est mort et a laissé des immeubles en Italie. Or, l'art. 8 du C. C. Italien renvoie à la loi française, mais le principe de la loi française est que la loi immobilière est territoriale et il lui répugne de s'occuper des immeubles situés en Italie. Il y a là un conflit de renvoi ². Il y aura encore conflit de renvoi lorsque la loi nationale du *de cujus* renvoie pour juger le litige à la loi du domicile de fait du défunt, les tribunaux du lieu de son domicile doivent-ils se saisir de l'affaire et appliquer leur propre loi, même que le défunt n'avait pas obtenu l'autorisation requise par l'art. 13 C. C., ou bien les tribunaux n'ont point à tenir compte de la renonciation que peut faire une législation étrangère à ses prérogatives ?

(1) Étienne Bartin. *Études de droit international privé*, p. 87.

(2) *Ibid.*, *op. cit.*, p. 185. Si on n'y voulait pas voir un conflit de renvoi, il y aurait certainement un conflit de qualification. La qualification française assimile la dévolution des successions au régime de la propriété, alors que sa qualification italienne rapproche la dévolution des successions de l'organisation de la famille. (*Ibid.*, p. 186.)

La cassation française avait en 1875 repoussé le renvoi¹ ;
mais elle a changé d'avis depuis.

(1) Cass., 6 mai 1875, S. 75, 1, 409. — Trib. et Cour de Pau, *Revue de dr. int. p.*, II, 766 : « La règle générale de l'art. 13 C. C. relative au statut personnel des étrangers constitue une règle de droit international ; c'est un acte « souveraineté de caractère territorial, à laquelle la loi étrangère ne peut de son côté porter atteinte ».

Vu :

Par le Président de la thèse,
R. PIÉDELIÈVRE.

Vu :

Le Doyen,
CH. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le vice recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

PAGES

PREMIÈRE PARTIE

De la nature juridique de la transmission par décès et du
fondement du droit successoral

CHAPITRE UNIQUE

SECTION PREMIERE

Définition de la succession

§ unique. — Observations. Critique.....	1
Législation, p. 1. — Doctrine, p. 2. — Jurisprudence, p. 4. — Première observation. Critique, p. 4. — Deuxième observa- tion. Critique, p. 7. — Troisième observation. Critique, p. 8. — Quatrième observation, p. 9. Critique, p. 10. — Cin- quième observation. Critique, p. 10.	

SECTION II

Théorie de la succession légale

§ I. — Des différentes manières d'acquérir la propriété.....	13
I. Notions générales, p. 13. — II. La succession : Légis- lation, p. 16. — Doctrine, p. 18. — Jurisprudence, p. 21.	
§ II. — Critérium des manières d'acquérir par la loi.....	21
Législation, p. 21. — Doctrine, p. 21. — Réfuta- tion, p. 22.	
§ III. — Vritable critérium des modes d'acquérir par la loi.	25
§ IV. — La succession n'est pas un mode d'acquérir par la loi.....	27
§ V. — La loi ne peut pas déférer la succession, elle ne fait que l'organiser.....	34
§ VI. — La réserve est un mode d'acquérir par la loi.....	38

§ VII. - Arguments du système qui soutient que la succession est dévolue par la loi et corrélation entre la réserve et l'obligation alimentaire.....	41
SECTION III	
<i>Théorie de la succession de droit naturel</i>	
Exposition du système. — Réfutation.....	54
SECTION IV	
<i>Théorie biologique du droit successoral</i>	
Exposition du système. — Réfutation.....	58
SECTION V	
<i>Théorie de l'affection présumée du défunt</i>	
Exposition du système. — Observation.....	60
SECTION VI	
<i>Théorie de la copropriété de famille</i>	
Exposition du système. — Réfutation.....	64
SECTION VII	
<i>Théorie utilitaire et politique du droit successoral</i>	
Exposition du système. — Observation.....	70
SECTION VIII	
<i>Théorie socialiste du droit successoral</i>	
Exposition du système. — Observation. — Réfutation.....	72
SECTION IX	
<i>La succession c'est un contrat</i>	
§ I. — La formation du contrat successoral.....	88
§ II. — L'acceptation d'une hérédité n'est pas un quasi-contrat.....	98
§ III. — De la capacité, de l'objet et de la cause du contrat d'hérédité.....	106
IV. — Classification du contrat d'hérédité.....	106
§ V. — Définition de la succession, de la réserve, et du testament.....	107

- § VI. — Intérêts pratiques de la succession comme contrat :
 Arguments contre la suppression de la succession, p. 107.
 — Acquisition de la succession, p. 108. — Rétroactivité des
 lois, p. 109. — Régime fiscal, p. 109.

DEUXIÈME PARTIE

La succession des parents légitimes en droit comparé

CHAPITRE INTRODUCTIF

La classification des successions

- § I. — Succession légale et volontaire..... 111
 § II. — Succession testamentaire et *ab intestat*..... 112
 § III. — Succession régulière et irrégulière..... 114
 § IV. — Succession de droit commun et succession anormale.. 115
 § V. — Succession à la personne et succession aux biens.... 115
 § VI. — Succession aux immeubles et succession aux meubles. 116
 § VII. — Succession gratuite et onéreuse..... 116

CHAPITRE PREMIER

De la capacité et de l'incapacité de transmettre par succession

SECTION PREMIÈRE

Notions générales et historiques

- Notions générales — Droit romain. — Ancien droit.. 119

SECTION II

De l'incapacité de transmettre des étrangers et de la capacité de recevoir de l'État

- § I. — Position de la question..... 119
 § II. — Nouvelle position de la question..... 121

SECTION III

De l'incapacité de transmettre des religieux

- § I. — Principe général..... 122

§ II. — Législation roumaine.....	122
I. Législation de la Moldavie : 1° Succession testamentaire p. 123 ; 2° Succession <i>ab intestat</i> p. 124. —	
II. Législation de Valachie p. 124 : 1° Exposition de la question, p. 124 ; 2° Critique de la doctrine et de la jurisprudence, p. 127 ; 3° Non applicabilité de ces textes sous l'empire du C. C. actuel, p. 130.	
§ III. — De la capacité de transmettre des religieux en droit moderne.....	132

CHAPITRE II

De l'ouverture de la succession « *ab intestat* »

SECTION PREMIÈRE

Notions générales.....	133
<i>Premier tableau des législations comparées, hors texte.....</i>	133

SECTION II

Des causes de l'ouverture de la succession

§ I. — Causes qui autrefois donnaient ouverture à la succession.....	135
I. Circonstances de droit : La mort civile, p. 135. — La profession religieuse, p. 137. — Perte de la force physique, p. 138.	
§ II. — Causes qui actuellement donnent ouverture à la succession.....	139
I. Circonstances de fait : mort naturelle, p. 139.	
II. Circonstances de droit : a) Testament partiel ou non valable, p. 140 ; b) Terme d'un an, p. 143.	

SECTION III

De la preuve du décès

I. Importance du moment du décès. — II. De la preuve du décès. — III. De la preuve du moment précis du décès, p. 143.	
---	--

SECTION IV

Du lieu d'ouverture de la succession

I. Du lieu d'ouverture de la succession. — II. De l'importance	
--	--

de la détermination du domicile du défunt.. .. .	143
Notions générales.....	154
<i>Deuxième tableau des législations comparées, hors-texte.....</i>	<i>154</i>

CHAPITRE III

Des conditions requises pour succéder

SECTION PREMIÈRE

De l'existence du successible

§ unique.....	155
I. Position de la question, p. 155. — II. De la preuve de l'existence, p. 156. — III. Preuve de la conception pour les enfants légitimes, p. 156. — IV. Preuve de la conception pour les enfants naturels, p. 160. — V. Conditions requises pour que l'enfant conçu puisse succéder, p. 161.	

SECTION II

De la capacité du successible

Critique du langage courant. — Conditions requises pour la capacité	164
---	-----

SECTION III

De la dignité du successible.....	165
-----------------------------------	-----

CHAPITRE IV

Du défaut de conditions requises pour succéder

SECTION PREMIÈRE

De l'inexistence

§ I. — Critique du langage courant.....	167
Critique du langage courant p. 167. — Seconde critique du langage courant, p. 168.	
§ II. — Le Post mortem defuncti conceptum.....	170
I. Position de la question, p. 170. — II. Historique de la législation, p. 175. — III. Etat actuel de la législa-	

tion, p. 179. — IV. Critique des législations modernes. Supériorité de la loi autrichienne, p. 183. — V. Nécessité et possibilité d'une extension du système autrichien, p. 192.	
§ III. -- Le fœtus non viable.....	194
I. Position la question, p. 194. — II. Qui doit prouver la vie et la viabilité, p. 200. — III. Comment se prouvent la vie et la viabilité, p. 202	194
§ IV. — Le fœtus mort-né.....	204
§ V. — Des personnes déjà mortes et des comourants.....	205
I. Notions générales, p. 205. — II. Position de la question des comourants, p. 205. — III. Évolution de la notion des comourants, p. 206. — IV. Notion différente des comourants en droit français et en droit étranger, p. 209. — V. Conditions requises pour qu'il y ait comourants en droit français et en droit étranger, p. 210. — VI. Solution de la question des comourants : droit romain, p. 212 ; ancien droit, p. 213 ; Droit actuel, p. 214 ; premier groupe, p. 214 ; deuxième groupe, p. 216 ; troisième groupe, p. 217 ; Critique du système roumain et réfutation, p. 218 ; VII. Critique du système des présomptions de survie. Supériorité de la loi roumaine, p. 219.	
§ VI. — Des absents.....	220
I. Position de la question, p. 220. — II. Interprétation de la doctrine et critique de cette interprétation, p. 222. — Système du Code suisse, p. 227.	

SECTION II

De l'Incapacité

§ I. — Notions générales.....	228
§ II — Des causes anciennes et modernes d'incapacité.....	229
I. Inégalité de naissance, p. 229. — II. Inégalité de croyance religieuse, p. 230. — III. La perfection corporelle, p. 230. — IV. Établissement à l'étranger, p. 230. — V. La profession religieuse, p. 231. —	

VI. Extranéité de l'héritier : *a)* ancien droit, p. 234 ;
b) droit moderne : premier système, p. 236 . deuxième
système, p. 243 ; troisième système, p. 244. — De la
renonciation de l'héritier, p. 244.

§ III. — De l'action, de la renonciation, des délais et des effets de l'inexistence et de l'incapacité.....	244
--	-----

SECTION III

De l'Indignité

§ I. Notions générales et critique des lois récentes....	245
--	-----

§ II. De l'indignité et de l'évolution de la théorie de l'indignité.	248
--	-----

I. Historique. Droit romain, p. 248. — Ancien droit,
p. 249. — Ancien droit allemand, p. 251. — Ancien
droit roumain, p. 251.

§ III. — Droit moderne.....	252
-----------------------------	-----

I. Notions générales, p. 252. — Critique du Code alle-
mand, p. 254. — II. Classification des causes d'indi-
gnité, p. 254.

I. Causes qui constituent un attentat à la vie, à
l'honneur ou aux biens du défunt ou de ses
proches.....

1° Meurtre ou tentative de meurtre ; *a)* auteur
du meurtre, p. 255 ; *b)* complices du meur-
trier, p. 257 ; *c)* contre quelles personnes le
meurtre ou la tentative doivent se produire,
p. 258 ; *d)* conditions sous lesquelles le
meurtre entraîne l'indignité : premier groupe,
p. 259 ; deuxième groupe, p. 260 ; critique
du premier groupe, p. 261.

2° Mise du défunt dans un état d'incapacité de
faire son testament, p. 262.

3° Attentat contre les biens du défunt ou de
ses proches, p. 263.

4° Accusation capitale jugée calomnieuse, p. 264.

I. Fait requis. — *a)* Sens des mots : porter accusation.
Critique de la loi et réfutation, p. 264 — *b)* Autres

cas d'accusation, p. 268. — c) Cas spécial du Code autrichien, p. 268. — II. Condition de gravité de l'accusation : premier groupe, p. 269. Critique de la doctrine, p. 270. — Deuxième groupe, p. 275. — Troisième groupe, p. 276. — Critique des législations. Supériorité de la loi autrichienne, p. 276. — III. Condition que l'accusation ait été jugée calomnieuse : premier groupe, p. 277 ; deuxième groupe, p. 278.

II. Causes qui constituent un acte de désobéissance grave à la volonté du *de cuius*..... 278

1° L'héritier majeur qui n'a pas dénoncé le meurtre a) fait requis, p. 278 ; b) personnes tenues de la dénonciation, p. 279 ; c) délai pour dénoncer, p. 281 ; d) critique de cette cause d'indignité, p. 281.

2° Contrainte de faire ou de révoquer son testament ; empêchement de faire ou de révoquer son testament ; altération ou suppression de testament. — a) Fait requis pour qu'il y ait indignité, p. 282 ; b) du cas où le testament est nul. — Critique du Code allemand, p. 283. — Critique du langage du Code allemand, p. 285.

3° La veuve qui se remarie, p. 286.

III. Causes qui constituent un attentat aux lois et aux bonnes mœurs..... 286

1° Les parents qui abandonneraient leurs enfants, prostitueraient leur fille ou attenteraient à sa pudeur, p. 286.

2° Le condamné judiciairement pour adultère avec la femme du testateur, p. 288.

§ IV. — De la manière dont opère l'indignité.... 290

I. Système de l'indignité décrétée ou attribuée en justice, p. 290. — II. Système de l'indignité de plein droit, p. 291. — III. Confusion de langage du premier

système, p. 291. — IV. Critique du premier système, p. 291. — V. Argument nouveau en faveur de l'indignité opérant de plein droit, p. 294.	
§ V. — De l'action en indignité.	297
I. Tribunal compétent pour connaître de l'indignité, p. 297. — II. Personnes qui peuvent provoquer le jugement d'indignité, p. 298. — III. Personnes contre qui on peut poursuivre l'action en indignité, p. 299. — IV. De la prescription de l'action en indignité, p. 300.	
§ VI. — Effets de l'indignité.	301
I. A l'égard de l'indigne, p. 301. — II. A l'égard des autres héritiers, p. 301. — III. A l'égard des tiers, p. 302. — A l'égard des enfants de l'indigne, p. 303.	
§ VII. — Du pardon en matière d'indignité.	304
I. Le pardon n'efface pas l'indignité, p. 304. — II. Réfutation, p. 305. — Législations étrangères, p. 305. — Deuxième groupe législatif, p. 308.	

CHAPITRE V

De la Représentation

§ I. — Notions générales.	309
§ II. — Historique.	310
Droit romain, p. 310. — Ancien droit français, p. 312. — Ancien droit allemand, p. 314. — Ancien droit roumain, p. 315.	
§ III. — Définition, caractère et utilité de la représentation. .	317
Définition, p. 317. — Première critique et réfutation, p. 317. — Seconde critique et réfutation, p. 319. — Troisième critique et réfutation, p. 319. — Quatrième critique et réfutation, p. 321.	
§ IV. — Conditions requises pour la représentation.	323
Généralités, p. 323.	

I. Il n'est pas nécessaire que le représentant ait eu de son vivant la capacité de succéder au <i>de cujus</i> . — Doctrine, p. 324. — Réfutation, p. 325. — Ancienne théorie des incapacités. Incapacités absolues, p. 328. — Incapacités relatives, p. 330. — Transmission de la théorie des incapacités dans le Code, p. 331. — Législations étrangères, p. 332.	
II. Prédéces du représenté, p. 333. — 1° Cas de renonciation, p. 334. — 2° Cas d'incapacité ou d'indignité. — Premier groupe : en théorie, p. 338 ; en droit positif, p. 342. — Deuxième groupe, p. 344. — 3° Cas d'absence. — Premier groupe, p. 345. — Deuxième groupe, p. 346. — 4° Cas de condamnation à une peine perpétuelle, p. 346.	
III. Parenté directe entre le descendant et le représenté, p. 347. — 1° Personnes conçues après le décès du représenté, p. 349. — 2° Si l'indigne peut représenter sa victime, p. 349. — 3° Si on a renoncé à la succession du représenté, p. 349.	
IV. Vocation personnelle du représentant à la succession du <i>de cujus</i> , p. 350. — 1° Les enfants de l'adopté. — Premier groupe, p. 350. — Deuxième groupe, p. 355. — Critique du Code allemand, p. 355. — Les descendants de l'enfant naturel, p. 355.	
§ V. — Des personnes qui peuvent représenter.....	356
I. Des descendants, p. 356.	
II. Des ascendants, p. 357.	
III. Des collatéraux, p. 358.	
§ VI. — Effets de la représentation.....	361
I. Droits du représentant, p. 361	
II. Obligation du représentant, p. 362.	
III. Du partage de l'hérédité en cas de représentation, p. 365.	

CHAPITRE VI**Règles générales sur la dévolution de la succession****SECTION PREMIÈRE***De la parenté*

<i>Tableau des législations comparées</i>	366
§ I. — Notions générales.....	367
§ II. — De la parenté paternelle et maternelle.....	370
§ III. — De la parenté germaine et du double lien.....	371
Terminologie, p. 371. — Descendants germains, p. 372. — Ascendants germains, p. 372. — Collatéraux germains, p. 373.	
§ IV. — De la preuve de la parenté.....	374

SECTION II*Des classes ou ordres d'héritiers*

§ I. — De l'ordre.....	375
I. Notions générales, p. 375. — II. Historique, p. 376. — III. Droit moderne ; 1 ^o Premier groupe. — Système français, p. 378. — Système portugais, p. 379 ; 2 ^o Deuxième groupe. — Critique du Code italien, p. 380. — IV. Critique de la législation en matière d'ordres de successeurs, p. 383. — V. Proposition d'un nouveau système des ordres successoraux, p. 385.	
§ II. — Des degrés et de leur computation. — Critique du langage législatif.....	383
§ III. — De l'importance de l'ordre et du degré.....	387

SECTION III*De la division de la succession*

§ I. — Premier groupe. — Système de la fente	388
I. De la fente, p. 388. — Conséquences de l'admission de la fente, p. 391. — Exceptions au principe de la fente, p. 391. — II. De la refente. — Prohibition de la refente, p. 392. — Admission exceptionnelle de la refente, p. 393.	

§ II. — Deuxième groupe. — Système de la proximité du degré.....	394
§ III. — Troisième groupe. — Système intermédiaire.	394
§ IV. — Supériorité du deuxième système.....	396
§ V. — Du privilège du double lien	397

SECTION IV

Évolution du système de succession ab intestat

Généralités	399
§ I. — Nature et origine des biens.....	400
I. Ancien droit. — Droit romain. — Doctrine et réfutation, p. 400. — Ancien droit. — Biens d'héritage et d'acquêts. — Droit coutumier, p. 401. — Pays de droit écrit, p. 404.	
II Droit moderne, p. 405.	
a) Anerbenrecht, p. 406. — 1 ^o Système de l'Anerbenrecht obligatoire, p. 407. — 2 ^o Système de l'Anerbenrecht indirect ou facultatif ou système des Hoferollen, p. 408. — 3 ^o Système de l'Anerbenrecht direct <i>ab intestat</i> , p. 409.	
b) Homestead, p. 409.	
c) Asile de famille, p. 410.	
d) Habitations à bon marché, p. 411.	
§ II. — Des privilèges de certains héritiers.	412
I. Privilège de sexe. — a) Privilège du sexe féminin, p. 412. — b) Privilège du sexe masculin, p. 413.	
II. Privilège de l'âge. — a) Privilège de l'aîné, p. 418. — b) Privilège du cadet, p. 420.	

CHAPITRE VII

De l'ordre de la succession entre les parents légitimes

SECTION PREMIÈRE

Premier ordre

<i>Tableaux des législations comparées, VI, VII, VIII.....</i>	421
§ I. — Héritiers appelés.....	421
§ II. — Du partage de la succession.....	423

SECTION II*Deuxième ordre*

Remarque, p. 424	424
§ I. — Premier système.....	425
I. Héritiers appelés. — a) Droit français. — Première hypothèse, p. 426. — Deuxième hypothèse, p. 427. — b) Droit romain. — Trois hypothèses, p. 429. — Controverse importante en droit roumain, p. 431.	
II. — Répartition de la portion dévolue aux collatéraux privilégiés. — a) Droit français, p. 432. — b) Droit roumain, p. 433.	
§ II. — Deuxième système.....	436
§ III. — Troisième système.....	439

SECTION III*Troisième ordre*

Remarque.....	441
§ I. Premier système.....	441
I. Droit français, p. 442. — Droit roumain, p. 443.	
§ II. — Deuxième système.....	443
§ III. — Troisième système..	444

SECTION IV*Quatrième ordre*

Remarque, p. 445. — a) Droit français, p. 445. — b) Droit roumain, portugais et espagnol, p. 446.	
---	--

SECTION V*Limite de la successibilité*

Exposé de la question.....	446
----------------------------	-----

CHAPITRE VIII**Le système des parentèles**

§ I. — Généralités.....	449
§ II. — La première parentèle.....	451
§ III. — La deuxième parentèle.....	453
§ IV. — La troisième parentèle.....	455
§ V. — Les quatrième, cinquième et sixième parentèles.....	456
§ VI. — Appréciation du système parentélaire.....	458
I. Critique du système parentélaire, p. 458.	
II. Avantages du système parentélaire et réfutation, p. 459.	

PREMIER APPENDICE

De la rétroactivité des lois en matière successorale.....	462
---	-----

APPENDICE II

**De la loi applicable à la dévolution des biens héréditaires
laissés par un étranger**

Remarque.....	467
I. — Doctrine.....	467
II. — Législation.....	468

SECTION PREMIÈRE*Exposé des systèmes*

§ I. — La loi territoriale pour les meubles et pour les immeubles.....	468
§ II. — La loi personnelle pour les meubles et pour les immeubles.....	472
§ III. — La loi territoriale aux immeubles et de la loi personnelle aux meubles.....	474
I. La loi territoriale aux immeubles, p. 475.	
II. La loi personnelle aux meubles, p. 477.	
§ IV. — La loi territoriale pour les immeubles; la loi de la réciprocité pour les meubles.....	479
§ V. — La loi territoriale pour les immeubles, la loi personnelle pour les meubles, lorsque les héritiers sont des étrangers.....	479

SECTION II*De l'interprétation de la loi personnelle*

§ I. — La loi personnelle du <i>de cuius</i>	479
§ II. — La loi personnelle de l'héritier.....	480
§ III. — La loi du domicile du <i>de cuius</i>	481

SECTION III*De l'interprétation de la loi du domicile*

§ I. — La loi du domicile de droit.....	482
§ II. — La loi du domicile de fait.....	483

SECTION III

De la théorie du renvoi, p. 484.....	484
--------------------------------------	-----

